R. P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

SOC. IESV,

DE

JURE

ET

JUSTITIA

COMMVTATIVA.

TOMVS II.


ÆQUITATEM VIDIT VULTUS EIUS.
RIGOREM TEMPERAT ÆQUITAS

CONTROVERSIARVM
DE
JUSTITIA
ET
IURE PRIVATORUM
VNIVERSO
AUTHORE
R. P. CHRISTOPHORO
HAUNOLDO
SOCIETATIS JESU, SS. THEOLOGIÆ DOCTORE,
TOMVS SECVNDVS
COMPLECTENS
TRACTATUM SEXTUM, ET SEPTIMUM, QUI SVNT DE VLTIMIS VOLVNTATIBVS, Hoc Est:
DE
TESTAMENTIS, SUBSTITUTIONIBUS, CODICILLIS, LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS, FALCIDIA ET TREBELLIANICA, DONATIONE MORTIS CAVSA.

Cum Privilegio Cæsareo, & Superiorum permissu.

INGOLSTADII
Apud JOANNEM SIMONEM KNAB, Typographum Academicum.
ANNO M. DC. LXXI.

INDEX TITVLORVM. TOMI II DE JURE PRIVATORUM VNIVERSO

TRACTATUS VI.

DE TESTAMENTIS.

CAPUT I.

De Natura, Speciebus, & Solennitatibus Testamentorum in genere.

CAPUT II.

De Solennitatibus in specie.

CAPUT III.

De Modis, quibus Testamenta ritè facta infirmantur.

CAPUT IV.

De Personis, quibus non est permissum facere Testamentum.

CAPUT V.

De Hæredibus instituendis, & quomodo Institutio fieri possit dependenter à voluntate alterius.

CAPUT VI.

De Conditionibus Institutionum, dependenter à quibus ea valeant.

CAPUT VII.

De Liberis, Parentibus, Fratribus, Instituendis, vel Exhæredandis.

CAPUT VIII.

De Legitima, & Bonorum Collatione.

CA-

CAPUT IX.

De Iure Transmissionis, & Accrescendi.

CAPUT X.

De Iuris Remediis ad hæreditatem obtinendam, & sine periculo adeundam, opportunis.

APPENDIX

Ad totum Tractatum.

De Executoribus, & Executione Testamentorum.

TRACTATUS VII.

DE RELIQUIS VLTIMIS VOLUNTATIBUS.

Vt sunt

Substitutiones, Codicilli, Legata, Fideicommissa, Donationes Causâ Mortis.

CAPUT I.

De Substitutionibus.

CAPUT II.

De Codicillis.

CAPUT III.

De Legatis & Fideicommissis particularibus.

CAPUT IV.

De Falcidia & Trebellianica, à Legatis & Fideicommissis detrahenda.

CAPUT V.

De Mortis causâ Donatione.

R. P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS VI.

DE

TESTAMENTIS.

CAPUT PRIMUM.

DE NATURA, SPECIEBUS, ET SOLENNITATIBUS TESTAMENTORUM IN GENERE.

CONTROVERSIA I.

Quid sit Testamentum.

SUMMARIUM.

Definitio Testamenti ex Modestino patitur difficultates. 1.
Non est de conceptu Testamenti, habere Solennitates. 2.
An differentia Testamenti exprimatur per part. Justa. 3.
An necesse sit addere definitioni: Cum directa hæredis institutione. *eod.*
Expeditior Testamenti definitio. 4.
Modestini definitio convenit ultimæ voluntati in genere. Clarior ejusdem definitio ex P. Molina. 5.
Quomodo verificetur in testamento militis partim ab intestato decedentis. 6. 7.
Etiamsi per leges posset in Codicillo hæres partialis institui, adhuc differret à Testamento. 8.
Quo sensu possit testamentum dici Contractus, & in favorabilibus eo nomine venire. 9.
Cur non sit sufficiens provisio legis quoad successiones ab intestato. 10.
Causæ ob quas expedit esse potestatem faciendi testamentum. 11. 13.
Contra Ferdin. Vasquez defenditur causa congregandi divitias. 12.
Origo testamentorum ab Atheniensibus. 13.
Potestas testandi an sit Iuris Naturalis, Gentium, aut Civilis. 14.
Vltimæ voluntates non sunt actus imperativi naturaliter translativi dominii, sed sunt Desideria, à Republica ratificata. 15.
Quo sensu sit Iuris publici potestas testandi. 16.

1. Te-

1. TEstamentum definitur *L. 1. ff. qui testamentum facere possint*: voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

Objicit huic definitioni non immeritò Accursius, quòd conveniat alteri, quàm definito. Convenit enim Codicillo, Donationi causâ mortis, &c.

Respondent aliqui 1. Testamentum differre ab aliis ultimis voluntatibus per hoc, quòd solum Testamentum sit Dispositio perfecta, habens solennitates ad valorem sui requisitas à Iure. Codicillus verò esto requirat etiam aliquas solennitates, eas tamen non requirit ad valorem, sed solùm ad probationem. & præterea non est perfecta dispositio, quia non continet institutionem hæredis & hanc differentiam volunt indicari per part. *Justa*. id est, *legitima*.

2. Hæc tamen responsio non videtur satisfacere. Quidquid enim sit de facto, an solennitates requirantur tanquam substantiales (de quo infrà) de possibili nemo negat, potuisse requiri solennitates non substantiales, & de facto in quibusdam speciebus testamentorum non requiruntur tanquam substantiales, ut in testamento inter liberos, de quo infrà.

3. Paulò subtiliùs respondet Harpprecht *in addit. ad Julium Clarum n. 24.* & ante illum doctissimus Ferd. Vasq. *n. 26. lib. 1. pr.* differentiam Testamenti à cæteris indicari per part. *Justa*: hoc est, intacta, illibata, omnibúsque modis rata: quo sensu Codicillus & aliæ ultimæ voluntates non sunt justæ, quia potest ab illis detrahi, vel Trebellianica, vel Falcidia, ut dicetur.

Ad hujusmodi incommoda evitanda addere solent RR. definitioni cum Accursio hæc verba. *Cum directa hæredis institutione*. Nam licèt in Codicillo possit hæres fideicommissarius institui, non est hæc tamen directa Institutio, sed substitutio indirecta.

4. Verùm, si hæc adjicienda sunt definitioni Modestini, alia ejusdem, ne supervacanea sint, erunt omittenda, poterimúsque Testamentum hoc modo definire. *Testamentum est justa & ultima, ac fundamentalis voluntatis nostræ sententia, quâ absque speciali privilegio directè Jurium nostrorum universalem successorem instituimus.* Imò nec illa part. *directè*: admodum necessaria erit, nam si Codicillo fideicommissum universale relinquitur, non est propriè *Institutio*, sed *Substitutio*, supponens alterius Institutionem.

5. Fateamur ergo Modestinum potiùs *ultimam voluntatem* in genere, quàm Testamentum strictè sumptum definire voluisse. Voluntas ultima in genere, prout comprehendit Testamentum, Codicillum, Substitutiones, Legatum, Donationem causâ mortis, clarè definitur à P. Molina *d. 124. n. 2. Gratuita dispositio de bonis in tempus mortis seu post mortem disponentis.* Vocantur *ultimæ voluntates*, non quasi post talem voluntatem nulla alia exstiterit, sed, quòd tunc primùm firmæ & irrevocabiles sint, quando per mortem ipsam aufertur potestas revocandi. Vnde differunt ab aliis contractibus, qui etiam ante mortem fiunt aliquo modo irrevocabiles.

6. Dices 1. Potest Miles partim testatus partim intestatus decedere: atqui in hujusmodi testamento non institueretur hæres universalis: ergo dari potest testamentum, cui definitio non conveniat. ℞. Negando minorem. Nam hæres etiam in parte tantùm Hæreditatis institutus est successor universalis, quia non est institutus in re singulari determinata, sed incerta parte assis, v.g. triente, dodrante, &c. quæ adhuc habet rationem universalitatis: quæ omnia magis patebunt ex dicendis.

7. Dices 2. Miles potest in Codicillo instituere directè hæredem. *L. Militis Codicillis. ff. de Milit. test.* ℞. Potest hoc ex speciali privilegio, non autem secluso privilegio, ut in definitione requirimus. Quin imò talis Codicillus amittet formam Codicilli, & induet rationem testamenti, lex sic habet. [Militis Codicillis ad testamentum factis etiam hæreditas jure videtur dari: quare si partem dimidiam hæreditatis Codicillis dederit, testamento scriptus ex asse hæres partem dimidiam habebit, legata autem testamento data communiter debentur.] Quare in tali casu perinde erit, ac si duo testamenta miles fecisset, quod illi per privilegium licet.

8. Verùm contra hoc replicari posset hoc modo. Posset utique lege universali hoc ipsum omnibus concedi, ut in Codicillo possent hæredem partialem instituere: ergo etiam absque privilegio posset hæres institui per ultimam voluntatem, quæ non esset testamentum. Ad hoc responderi posset, tali lege futurum, ut quivis posset cum duobus testamentis decedere. Meliùs tamen respondebis dicendo, quòd ad hoc incommodum cavendum in definitione apposita sit particula: *Fundamentalis*. Itaque talis Codicillus non esset fundamentalis sententia, sed fundata in alia anteriore, quia præsupponeret, vel successionem ex testamento, vel ab intestato: uno verbo supponeret hæreditatem alteri delatam, adeoque fundaretur in alia voluntate, vel testatoris, vel legis.

9. Dices 3. Testamentum videtur etiam ad actus inter vivos pertinere. *Arg. L. eandem pr. ff. de duob. reis.* ubi postquam J. Consultus dixisset, quòd in omni contractuum genere duo rei debendi constitui possunt, exempli causâ testamentum adduxit. ℞. Hanc fore quæstionem de nomine: & largo modo potest testamentum contractus dici, quia est quoddam negotium gestum inter defunctum & hæredem; & olim fiebat per quandam imaginariam venditionem, quia tamen non nisi morte firmatur, sufficienter differt ab aliis contractibus strictè sumptis. In favorabilibus posset etiam nomine *Contractûs* venire

dire, v. g. si fieret statutum prohibens, ne quis ullo contractu res suas extraneo seu forensi alienaret, non liceret etiam testamento talibus relinquere, ut docet Decius *Conf. 660*.

10. Dices 4. Ubi à lege sufficienter provisum est, non habet locum hominis provisio diversa à provisione legis. atqui per legem sufficienter provisum est defunctorum bonis, & utique prudentiùs, quàm quivis privato affectu ductus, & in propria causa cæcus Judex faceret: per legem, inquam, sufficienter provisum est (ut præced. tract. vidimus) quatenus successiones ab intestato ordinatæ sunt. ergo, &c. ℞. Imò cessat provisio legis, ubi adest provisio hominis, ut dictum, cùm agerem de Tutela testamentaria & legitima: sicut ergo lex prætulit tutorem Testamentarium tutori legitimo ex causis in eod. loco allatis, ità quoque causas habuit præferendi voluntatem defuncti suæ dispositioni supplenti defectum illius.

11. Prima autem & principalis causa videtur aliquibus fuisse, ne esset locus & occasio insidiandi vitæ eorum, quibus ex lege successuros se sciunt. Alia ratio est Pietas, quæ videtur exigere à Republica, ut hoc solatio suos subditos & membra post mortem prosequatur, ut ipsis integrum sit, benefaciendo de sua substantia gratam apud successores memoriam impetrare. *L. 1. C. de SS. Eccles.* ibi. [Nihil est, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis (*postquam jam aliud velle non possunt*) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.]

Alia ratio permittendi testamentorum factionem, quámque ego maximi facio, est, ut membra Reipublicæ haberent rationabile incitamentum congregandi divitias, & abundantem etiam sustentationem, abducerentúrque à prodigalitatis vitio, quo multi inficerentur, si scirent, non posse se sua relinquere, quibus maximè vellent, sed relicturos illis, quibus minimè vellent. Certum autem est, interesse, vel maximè Reipublicæ, habere cives opulentos.

12. Rationem hanc rejicit Ferd. Vasquez ad longum, sed nullo alio argumento, quàm Poëtarum Carminibus, quibus deplorant miserias divitiarum. unde infert, quòd divitiæ plus mali afferant quàm boni, adeoque ob hanc causam Testamentorum factio potiùs abolenda, quàm fovenda esset. Verùm, allata ratio est optima, & conformis Theologicæ Regulæ omnis Honestatis, & legis, quam tradidi in opere Theolog. Scholasticæ lib. 2. nempe non est attendendum, quid boni, vel mali res aliqua afferat homini particulari unus particularis effectus, sed quid boni vel mali afferat alicujus rei licentia toti Reipublicæ. Certum autem est, plus boni, quàm mali afferre Reipublicæ licentiam faciendi testamenta, & congregandi divitias, quod supervacaneum est probare, nec Vasquius negare auderet: alioquin iniqua lex esset permittens testamenti factionem, & desiderans, ut cives fiant opulenti.

13. Alia ratio permittendi testamenta est, ut hac viâ haberent modum consulendi animæ suæ, relinquendo ad causas pias, ad quas nihil repetitur specialiter ordinatum in legibus de successione ab intestato. Cùm tamen favor animæ sit omnibus caducis rebus præferendus. *L. sunt personæ ff. de Religiosis, & sumptib. funerum.*

Ob has & plures fortassis alias rationes Sapientissimus Solon apud Athenienses primus introduxit hæredum instituendorum potestatem, à quo Romani receperunt.

14. Hinc colliges, quid sentiendum sit circa illam controversiam ab antiquis agitari solitam, an potestas testandi sit Iuris naturalis, an Iuris Gentium, an Iuris positivi & civilis. Esse Iuris naturalis tenuit Baldus & Alexander. & ità loquitur P. Mol. n. 12. Esse Iuris Gentium tenuit communis sententia, præ cæteris Covarruv. *var. resol. lib. 3. c. 6. n. 7.* Esse Iuris civilis, tenuit Accursius, Philippus, Corneus, aliíq; plures, quos sequitur Vasquius L. c. Et hæc sententia est simpliciter vera, quamvis omnes conciliari possint. Nam Iuris naturalis & Gentium eo sensu esse dici potest, quòd rationes, ob quas potestas testandi conceditur, sunt valde consentaneæ naturæ, sicut etiam consentaneum est naturæ, ut homo ab homine gubernetur, alii præsint alii subsint. Cæterùm, non est ità Iuris naturalis, ut, nisi lex exstaret, quæ ultimas voluntates ratificaret, & suâ auctoritate, ac vi supremi dominii quod habet in omnia bona subditorum, muniret, adhuc testamenta aliæquè ultimæ voluntates suum robur haberent. Hoc enim manifestè falsum est. Ratio est, quia, ut benè notat Ferd. Vasq. bona defunctorum ex natura rei sunt bona vacantia, & quasi derelicta, adeoque ex natura rei cederent primò occupanti. Quia privatus homo non habet à natura potestatem disponendi de ulla re pro illo tempore, quo ipse omnis juris incapax est, & quo desinit esse membrum Reipublicæ, nam transferre dominium in alium propriâ auctoritate, est alium suo loco velle habere jus illud, quod ipse, si vellet, posset retinere. Unde sicut non possum nunc disponere de re, quæ quidem aliquando mea fuit, nunc autem non ampliùs est, ità ex rei natura præcisè non possum disponere de re pro illo tempore, quo illa res non potest esse mea.

15. Quapropter si rem scholasticè examinare vellemus, ultimæ voluntates sunt instar cujusdam desiderii potiùs, quàm actûs imperantis, quo ego mihi impero motum localem, qui, nisi impedimentum ponatur, connaturaliter sequitur. Non ità ex natura rei sequitur translatio dominii ad voluntates ultimas: sed quia hæ sunt quædam rationabilia desideria, ut bona nostra ad hos potiùs, quàm alios perveniant, &

æquum sit, ob rationes allatas, hujusmodi desiderium à Republica ratificari, hinc tale desiderium, quod intrinsecè potiùs habet rationem *Velleitatis*, extrinsecè sit voluntas efficax.

Hæc eo fine dicta sunt, ut faciliùs percipiatur sententia nostra infrà tradenda, quòd testamentum carens requisitis Solennitatibus, sit simpliciter nullum, inefficax ad ullum jus tribuendum Hæredi scripto, aut nominato, perinde ac si simpliciter sine testamento decessisset. nempe quia deficit voluntas Suprema ratificativa. Sed de hoc puncto infrà copiosè.

16. Ex dictis etiam infertur, quo sensu dici possit Testamenti faciendi potestas esse Iuris publici: nempe quia Iuris publici beneficio concessum est, ut quis in vita disponere possit pro tempore mortis, quo etiam nolenti dominium adimitur. An etiam ex aliis titulis possit dici Iuris publici, nihil interest. Et hæc de definitione Testamenti.

CONTROVERSIA II.

Quotuplex sit Testamentum, & quæ Solennitates requirantur.

SUMMARIUM.

Divisiones Testamenti. 17.
Præcipua divisio in Scriptum & Nuncupativum 18.
Testamenti scripti primum requisitum est, Scriptio Nominis hæredis. 19.
Secundum requisitum sunt. 7. *Testes idonei.* 20.
Quales non sunt domestici, nec ipse hæres. 21.
Benè tamen filius emancipatus, & pater in testamento filiifam. de bonis Castrensibus: item legatarii, fideicommissarii particulares. eod.
Subscriptio Testium qualiter fieri debeat. 22.
Tertium requisitum est, Continuatio totius negotii. 23.
Nuncupativum paucioribus absolvitur. 24.
Apud acta supplentur solennitates. 25.
Quo casu necesse sit fuisse additum annum, mensem, diem. 26.

Omitto referre varias Testamentorum species, quæ antiquitùs erant in usu: ut quo in otio & pace utebantur, *calatis comitiis* dictum. Quod ad bellum perrecturi condebant. *Procinctum.* Quod per æs & libram, id est imaginariam venditionem, de quo alibi mentio facta est. His itaque prætermissis

17. Dividitur Testamentum primò ratione finis in Testamentum ad Causas Pias, & Testamentum ad causas Profanas, quorum primum est valde privilegiatum, ut infrà dicetur.

Dividitur 2. Ratione Objecti in Testamentum quod fit inter liberos, (estque etiam privilegiatum) & testamentum factum inter extraneos.

Dividitur 3. Ratione causæ Efficientis in Paganicum & Militare. Quodsi Testamentum sit Rustici, cæci, muti, surdi, habet iterum quædam specialia, de quibus infrà.

18. Dividitur 4. Et principaliter in Testamentum Scriptum & Nuncupativum. Quæ differentia necessariò introducta est. Ut enim sine Scripto posset fieri testamentum, requirebat non solùm eorum conditio, qui nec ipsi scribere norunt, nec alteri negotium scribendi sine periculo committere possunt, aut volunt, sed etiam ratio eorum, qui testamenti factionem eo usque differunt, donec ad extrema deducti non possunt ampliùs adhibere solennitates omnes, quas Iura ad Testamentum scriptum requirunt: erat ergo necessarium posse facere Testamentum Nuncupativum. Econtra etiam necessarium erat, posse facere Testamentum scriptum, seu clausum. Si enim omnibus esset nuncupativè testandum, sæpè crearetur periculum pupillo, casu quo illi substitutus esset: sæpè ansa præberetur æmulationi inter liberos & propinquos: sæpè immineret periculum ipsi testatori ab illis etiam, quibus aliquid relinquit, vel ob metum revocationis, vel ab tædium moræ. Porrò diversæ solennitates requiruntur in utroque Testamento.

19. Ad Testamentum scriptum requiritur imprimis, ut nomen Hæredis, vel ipse testator per se, vel per alium scribat. Et si quidem per alium scribi curet, ipse vel propriâ manu, vel per octavum testem eo nomine adhibitum in reliquorum testium præsentia subscribat. Si verò totum testamentum, vel saltem nomina hæredum propriâ manu scripsit, non est necesse adhibere octavum testem: debet tamen in ipsa scriptura exprimere, se propriâ manu scripsisse. Imò Constitutiones Imperii *Maxim.* 1. *an.* 1512. requirunt, & statura Bavarica tit. 34. ut etiam tunc propriâ manu subscribat, vel octavum testem adhibeat. *Nov.* 119. c. 9. ibi. *sive per se aliquis sive per alterius personam nomen hæredis inscripserit.* Item lege *cum antiquit. L.C. de Testamentis.* ibi. [Sancimus si quis sua manu totum Testamentū, vel Codicillum conscripserit, & hoc specialiter in scriptura reposuerit, quòd hæc suâ manu confecit, sufficiat ei totius Testamenti scriptura.]

20. Secundò requiritur, ut (ubi non est exceptio) adhibeantur Septem Testes, qui aliàs sint ad Testimonium ferendum idonei, quales non sunt furiosi, muti, surdi, prodigi, damnati ob crimen famosum. Deinde debent esse masculi, puberes, libertate præditi, rogati, seu invitati ad testificandum, qui testatori ità præsentes sint, ut eum audiant, & videant, suum nomen subscri-

subscribant, & sigillent, seu proprio, seu alieno sigillo: unde omnes eodem sigillo uti possunt: sed hoc ipsum in scripto exprimendum est, saltèm de Iure Bavarico *tit. eod. a.* 1. quo etiam jure requiritur, ut major testium pars proprio sigillo utatur. Quodsi sint imperiti, possunt per alium subscribere, factâ tamen hujus alienæ subscriptionis mentione. Non est necessarium, ut testes in hunc finem specialiter convocentur, satis est, si etiam casu præsentes moneantur, quòd Testamenti causâ adhibeantur. *l.* 21. §. *pen. ff. qui testam. fac.* ibi. [Quod sic accipiendum est, ut licèt ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante Testimonium certiorentur, ad Testamentum se adhibitos, posse eos Testimonium suom rectè adhibere.]

21. Præterea testes in testamento esse non possunt domestici testatoris, & ipsius hæredis scripti, ac à fortiori nec hæres ipse. Domesticorum nomine hîc solummodo veniunt illi, quorum alter in alterius patria potestate, vel ambo in patria potestate tertii sunt: adeoque filius familias non potest esse testis in testamento patris, nec econtra, nec frater in testamento fratris sub eadem secum potestate constituti. Non ergo arcentur à testimonio maritus, frater emancipatus, libertus, socius, famulus conductus. quæ omnia colliguntur ex §. 8. *& seqq. Instit. hoc. tit.* [Pater nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento (*alterius*) fieri possunt, quia nihil nocet ea una domo plures testes alieno negotio adhiberi. §. 9. In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus rectè adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est. reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 10. Sed neque hæres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratiâ, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. *& paulò post.* Nec hæredi, nec aliis personis quæ ei ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare.]

Filius emancipatus, sive ipsius testatoris, sive ipsius hæredis potest esse testis, cùm nec lex nec ratio legis resistat.

In testamento filii familias de bonis Castrensibus, pater testis esse non potest. §. *In testibus Instit. hoc. tit. jam relato.*

Legatarii & fideicommissarii particulares à testimonio non arcentur. §. 11. *eodem.* [Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus. Et multò magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate hujusmodi licentiam damus.] Fideicommissarius universalis quia nomine hæredis venit, hoc ipso excluditur.

22. Ut testium subscriptio rectè fiat, requiritur primò, ut omnes & singuli non solùm suum nomen subscribant, sed etiam nomen testatoris exprimant, & annotent, cujus testamentum signaverint. *L. pen. ff. qui testam. Singulos testes qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis, & cujus testamentum signaverit.*

Jure Bavarico sufficit nomen testatoris à duobus testibus exprimi, modò cæteri ad illos se referant. *t.* 34. *a.* 14. quo etiam jure sufficit, si major testium pars suâ manu subscripserit: cæterorum verò loco, si scribere nesciant, alius contestis subscribat, & hujus subscriptionis mentio fiat.

23. Tertia Solennitas est, ut totum testandi negotium uno contextu, hoc est tempore continuo, eodémque loco, & nullo actu penitùs extraneo (quales sunt actus non habentes aliquam pertinentiam ad ultimam testatoris voluntatem) interveniente absolvatur: adeoque in testamento nuncupativo ipsa hæredis nominatio, in testamento scripto subsignatio & subscriptio, testibus semper præsentibus fiat, esto ipsum testamentum diu antè conscriptum fuerit. Quæ omnia sunt moraliter pensanda, unde modicum intervallum ex aliqua necessitate non officit. Exempla ponuntur in l. 28. C. h. t. *Cùm antiquitas testamenta fieri voluerit, nullo actu interveniente, &c.* [Si quid autem necessarium evenerit, & ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, vel victûs necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturæ usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori, vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, etiamsi morbus comitialis (quod factum esse comperimus) uni ex testibus contingeret: sed eo quod imminet repleto vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri.] Ad hæc exempla alii casus cum proportione examinandi sunt.

Et hæc de testamento Scripto: cujus natura specialiter describitur in lege 21. *C. h. t.* quæ cùm sit famosissima, necessariò referenda, & præ oculis habenda est. sic habet,

[Hac consultissimâ lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea quæ in eo scripta sunt, consignatam vel ligatam, vel tantùm clausam involutámque proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eámque rogatis testibus septem numero, civibus Romanis puberibus omnibus simul offerre signandam, & subscribendam, dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum

dixeri

dixerit quod offertur. eique ipse coram testibus suâ manu in reliqua parte testamenti subscripserit, quo facto, & testibus uno eodémque die ac tempore subscribentibus ac consignantibus testamentum valere, nec ideo infirmari, quòd testes nesciant, quæ in eo scripta sunt testamento. Quodsi litteras testator ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus. In omnibus autem testamentis, quæ præsentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est, uno eodémque tempore exigere testatorem & testes adhibere & dictare suum arbitrium, & finire testamentum. Sed licèt alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficit uno tempore, eodémque die, nullo actu extraneo interveniente, testes omnes videlicet simul, nec diversis temporibus scribere, signaréque testamentum. Finem autem testamenti, subscriptiones & signacula testes esse decernimus. Non subscriptum autem à testibus, ac non signatum testamentum pro infecto haberi convenit. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos à parentibus utriusque sexûs, habeatur, non volumus. Si autem in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantùm ad illam duntaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis adcrescere.] Et hæc de Testamento Scripto.

24. Nuncupativum testamentum paucioribus absolvitur. Scilicet non est opus subscriptione aut sigillo: imò nullâ Scripturâ opus est, quamvis consultum sit, ut etiam illi, qui tantùm nuncupativè testati volunt, facilioris probationis causâ curent à publico Notario voluntatem nuncupatam scripturâ authenticâ excipi.

Differt ergo Nuncupativum à Scripto maximè in hoc, quòd de Essentia Nuncupativi sit Nuncupatio, hoc est, talis manifestatio hæredis, quâ indubitabiliter hæres innotescat testibus, quod quidem communiter fit, si testator voce articulatâ proferat nomen Hæredis, sive deinde nomen proprium exprimat, sive alio modo circumscribat, ut intelligatur, de quo loqui velit. Sufficeret etiam, si in præsentia testium propriâ manu hæredem illis spectantibus scriberet, vel prius scriptum legendum exhiberet, & indubitabilibus signis indicaret hunc se velle hæredem esse. Econtra Testamentum Scriptum etsi non pugnet cum hæredis manifestatione, hanc tamen non requirit: imò in hunc finem præcipuè introductum est, ut possit hæres latere testes: ut vidimus in lege: *Hâc Consultissimâ.*

Et hæ sunt solennitates requisitæ ad has species testamentorum in genere considetatas, & seclusis privilegiis. Circa quas tamen, quo tigoreæ requirantur, plura dubia occurrunt. quæ deinceps per ordinem sunt resolvenda, simúlque objectiones, quæ fieri possent dissolvendæ.

25. Illud tamen hîc addendum est. 1. defectum Solennitatum suppleri, si quis apud acta suam voluntatem declaraverit, vel Principi precibus oblatis. tunc enim valet testamentum, ex eóque testamento optimâ conscientiâ (non obstantibus illis quæ sequenti Contr. dicentur) agitur perinde ac si ad amussim omnes solennitates observatæ essent. *L. 19. C. de Testam.* [Omnem testamentorum solennitatem superare videtur, quòd insertum merâ fide precibus inter tot nobiles probatásque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actus cujuscunque Iudicis aut municipum, aut auribus privatorum mentis suæ postremum publicavit judicium, ità nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis, & toto jure (quod in nostris est scriniis constitutum) teste succedit.]

26. Addendum est 2. Non esse de solennitate substantiali testamenti, ut addatur Annus, Mensis, & dies, (quidquid dixerit Musculus) nullibi enim *in L. hac Consultissima*, hoc requiritur. Quamvis ad cognoscendum, quodnam ex duobus alterius revocatorium sit, si aliunde non constet, id necessarium sit; si tamen aliunde constaret, non obstaret talis defectus. Ob quam causam in Testamento imperfecto inter liberos hoc requiritur *Auth. quod sine. C. h. t.* [Quod sine subscriptione ità procedit, si parens litteras edoctus manu propriâ non signis, sed litterarum consequentiâ declaret, & tempus & liberorum nomina, item & unciarum numerum, seu signatorum specialium.] Et in tali imperfecto testamento non credo hanc solennitatem esse substantialem: quia legenti totum contextum & Novellam 107. ex qua desumpta est, apparet, Imperatorem non requisivisse hæc ut solennia, sed solùm, ut lites inter liberos impedirentur, & omnis dubitatio tolleretur ad sufficientem probationem defuncti.

CON-

CONTROVERSIA III.

Vtrum non observatis Solennitatibus Testamentum etiam in foro Conscientiæ sit nullum.

SVMMARIVM.

Status Controversiæ proponitur. 27.

Possibile est, solennitates requiri ad valorem testamenti. & econtra. eod.

Possibilis etiam esset media via. 29.

Testamentum minùs solenne, nec privilegiatum, ne quidem in conscientiæ foro constituit jus in hærede scripto, aut obligationem in hærede ab intestato. 30.

Primum adversæ sententiæ effugium, distinguens inter Testamentum & voluntatem testandi, non cohæret cum lege: Hâc Consultissimâ. 21. *C. h. t.* 32.

Secundum effugium P. VVadingi. 33.

Explicatur Lex 1. ff. de rebus eorum qui sub tur. 34.

Explicatur Lex Militis. §. *veteranus. ff. de Mil. testam.* 35.

Leges ab adversariis objectæ nimium probant. 36. 37.

Explicantur. eod.

Quare in fideicommissis agnitis ab hærede aliud dicendum. 37.

Item in Legatis. 38. 39.

Leges irritantes non fundantur in præsumptione fraudis, sed in præsumptione periculi universalis. 40.

Explicatur Lex Papinianus. §. 1. ff. de inoff. test. *& cap. si pater. de testam. in 6.* 41.

Refertur facti species decisa in sen. Pedemontano. 42.

Quid sentiant DD. de ultima voluntate innominata. 43. 44.

27. CONtroversia gravissima est, an si Testamentum minùs solenniter conditum est, ità ut nec habeat rationem Testamenti Scripti, nec Nuncupativi, nec sit privilegiatum quoad solennitates, & tamen hæredi ab intestato successuro, seu legitimo, hoc est à lege vocato, certò constet, animum testatoris fuisse, ut ad illam personam hæreditas perveniret, qui minùs solenniter institutus est, an, inquam, in conscientia teneatur hæres ab intestato relinquere hæreditatem hæredi minùs solenniter instituto, & econtra an hæres ex testamento minùs solenni (de cujus defectu fortasse nemini alteri constat) possit hæreditatem sibi retinere, si sciat intentionem testatoris esse, ut ipse hæreditatem acquireret: vel potiùs, an teneatur in conscientia tradere illi qui est hæres ab intestato, & hæres ab intestato hæreditatem possit in judicio petere, ob iccotam retinere. Et quidem certum est, ob probabilitatem opinionum utramque partem practicè tutam esse, quamdiu Iudex pro neutra parte litigantium pronuntiat.

28. Quæstio præsens ergo Theorica est, nempe quid spectatis intrinsecis principiis, & seclusâ omni authoritate verius sit.

Loquendo de possibili certum quoque est, potuisse Legislatorem subditos suos ità astringere ad certas solennitates, ut bis non observatis actus testandi esset nullus, quemadmodum Concilium Tridentinum reddit inhabiles ad contrahendum Matrimonium sine duobus Testibus, & Parocho, & cum aliis impedimentis dirimentibus Iuris positivi. Patet autem hoc ex dictis controv. 5. Cùm enim possint Leges omnem vim testandi auferre, & solam successionem ab intestato admittere, sicut defacto quasdam personas intestabiles reddunt, à fortiori possent penitùs irrita reddere testamenta minùs solennia.

Econtra non minùs certum est, legislatores, si voluissent, potuisse solummodo tollere à testamento efficaciam ad probandum in foro externo, nisi haberet tot solennitates, esto relinqueret in foro conscientiæ nasci obligationem: sicut quasdam personas defacto declarat inhabiles ad ferendum testimonium, hoc est, non admittit eorum testimonium tanquam efficax ad probandum.

29. Potuissent legislatores denique etiam mediâ viâ procedere, & constituere, ut testamentum minùs solenne valeret eousque, ut hæres in eo institutus posset tamdiu retinere hæreditatem, & fructus inde tanquam verus Dominus tamdiu lucrari, quamdiu hæres ab intestato litem non moveret: prout in simili dicam de donatione insinuanda, & inter conjuges facta. Quæstio tota est, quid ex his defacto lex statuerit.

Prima sententia vult, hujusmodi testamenta insolennia valere in foro Conscientiæ. Ità Theologi plerique: P. Molina, Lessius, VVadingus. ex Juristis Jason, Philip. Corneus, Butrio Ang. Panormitanus, Mantica, Julius Clarus, Sichardus, & alii apud hos.

Secunda sententia negat. Ità ex Theologis Bonacina, Banoez, Becanus, Diana, Vasquez, Lugo, Dicastillo. Ex Juristis plurimi, inter quos Covartuvias *C. cum esses. de Testam. n.* 8. Anton. Gomez, Menochius de Præsumpt. *l.* 1. *q.* 80. Ferdin. Vasquius *l.* 1. *partis primæ de creat. Test.* §. 1. *n.* 22. (non satis tamen sibi constans, ut legenti patet, & ut contingere solet illis, qui omnia coacervant) & fusiùs §. 2. à *n.* 1. Arnoldus Rath. *th.* 92. *& seqq.*

30. DICO probabilius esse, Testamentum minùs solenne, & non privilegiatum, ne quidem in Conscientia tribuere Ius hæredi instituto, aut obligationem in hærede ab intestato, sed ità habendum pro irrito, quasi nullum esset factum testamentum: adeoque solennitates à jure non requiri præcisè ad probandam voluntatem defuncti, ob præsumptionem fraudis, sed ut substantiales & essentiales.

31. Pro-

31. Probatur Conclusio. Quandocunque verba legis sunt absolutè irritantia contractum aliquem, & non explicant alibi, se nolle tollere obligationem naturalem, tunc censendæ sunt etiam pro foro interno irritare: atqui testamentum insolenne hoc modo irritatur: ergo. Major patet ex dictis priore Tomo. tr.1. de legibus, & ex professo probabitur iterum Tomo 3. tr.8. de Contractibus in genere, & pleriquc Adversariorum admittunt. Minor probatur ex lege *Hac Consultissimâ* superiùs recitatâ. in qua post descriptas solennitates hæc subjunguntur. *Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti (nisi inter suos liberos à parentibus utriusque sexûs habeatur) non volumus. Si verò hujusmodi voluntate liberis alia sit persona extranea mixta, certum est eam voluntatem defuncti, quantùm ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.*

Respondent Adversarii 1. Aliud esse Testamentum reddi invalidum, & aliud, ipsam voluntatem testatoris reddi inhabilem ad transferendum dominium. Verum itaque est, inquiunt, illud Testamentum materialiter sumptum, sive tabulam in ratione Testamenti & instrumenti publici esse invalidum, & pro nullo haberi, perinde acsi confectum non esset, ità scilicet, ut ex vi illius, nec peti hæreditas in judicio possit, nec à Iudice adjudicari: adeoque si hæres scriptus non habeat aliam probationem pro se, quàm illud Testamentum, nihil illi deberi, ne quidem in foro conscientiæ: cum huc tamen benè consistere, quòd si hæres sciat, voluntatem defuncti fuisse, ut ipse haberet hæreditatem, illam possit retinere, hæres autem ab intestato non possit retinere si id ipsum sciat: & hoc sensu voluntas Testatoris non est irritata, sed manet efficax.

32. Fateor, hac responsione eludi posse aliquos Iuris textus quos alii adducunt, & quibus Testamentum dicitur nullum. *ut* §. 7. *Inst. quibus modis testam. infirm.* in fine. *Nam imperfectum Testamentum sine dubio nullum est.* item *l.* 11. *ff. de injusto rupto.* ibi. *quia sequens nullum est.* Verùm legis, *Hac consultissimâ*, verba nimis aperta sunt, dum ait Imperator. *Nolumus tenere voluntatem defuncti.* & dum vult partem permixtæ extraneæ personæ *liberis accrescere.* cui consonat lex ult. *C. fam. ercifcundæ*, continens eadem verba. Sanè si, ut adversarii fatentur, hæc duo idem sunt: *Testamentum non tenere*: &: ità nullum *esse, perinde acsi factum non esset*: consequenter & hæc duo idem erunt: *Voluntatem defuncti non tenere*: &: *voluntatem nullam esse perinde acsi nulla exstitisset.* Et quomodo, quæso, posset Imperator dicere, quòd filiis accrescat illa pars personæ admixtæ, quam eâdem probabilitate voluit testator esse illius personæ, quâ probabilitate voluit filios esse hæredes.

33. Respondent 2. Negando minorem argumenti, dicúntque, ex aliis juribus colligi contrarium, quòd equidem ingeniosè conatur ostendere P. Petrus VVadingus, non minor Jurista, quàm Theologus *disp.* 2. *de Contractib.* §. 1. *n.* 3 ex lege. *Paulus. ff. de rebus eorum qui sub tut.* quæ sic habet. [Paulus respondit, etsi Testamentum Patris postea irritum esse apparuit, tamen tutores pupilli nihil contra voluntatem Divorum Principum fecisse videri, si secundùm voluntatem defuncti Testamento scriptam, prædium rusticum pupillare vendiderunt.] Ex qua lege format VVadingus hunc discursum. Edixerat Severus, ne tutores pupillorum eorum prædia venderent sine decreto Iudicis, nisi parens in Testamento cavisset vendi prædium. Tutor ex Testamento minùs solenni sciens voluntatem defuncti, vendidit prædium sine decreto Iudicis. Paulus JC. respondit, non fecisse contra voluntatem Imperatoris, quia non fuit legislatorum mens, auferre à Testamento minùs solenni omnem omnino vim, &c.

34. R. Legem adductam non facere ad propositum ullo modo. Falsò supponit VVadingus, quòd Testamentum, de quo ibi sermo est, fuerit irritum ex defectu Solennitatis, sed erat irritum ex inhabilitate defuncti propter capitis diminutionem, ut advertit glossa. quapropter etiam in sententia adversariorum tale testamentum non minùs erat nullum, quàm Testamentum filiifam. pupilli, &c. Ergo inde nihil possunt habere subsidii, quia testamenta inhabilium ad testandum fatentur non inducere obligationem in conscientia, nec hæredi jus tribuere.

Nihilominus ex mente Iurisconsulti sufficiebat illud Testamentum ad probandum, quòd voluntas patris fuerit, vendendũ esse prædium, & ideo tutor rectè vendidit. Quia Severus plus non requisivit, quàm ut constaret de voluntate patris, de qua optimè poterat constare ex Testamento, cujus nullitas provenit præcisè ex inhabilitate omnimoda personæ.

35. Minùs ad rem facit lex. *militis.* §. *veteranus. ff. de milit. testam.* Non enim est ibi sermo de Testamento minùs solenni, sed minùs solenniter revocato quoad institutionem, licèt sufficienter revocato quoad legata, ut infrà declarabitur in modis rumpendi Testamentum. Textus sic habet. [Veteranus moriens Testamentum jure communi tempore militiæ factum, irritum esse voluit, & intestatus esse maluit: hæredum institutiones, ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit: legata verò petentes exceptione doli mali secundùm jus commune summoveri.]

36. Objiciunt Adversarii 1. Legem *si utiliter.* & *L. Quæstionem. C. de fideicommis.* & §. *fin. Inst. de fideicom. hæred.* ubi dicitur. [Si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale commissum restituat, & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero

mero possit res manifestari, tunc si hæres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat, negando rem ità esse subsecutam: si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cùm priùs ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quòd nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicomissi, vel universalis, vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa.]

37. ℞. Has leges imprimis plus quàm velint adversarii probare, notavit Card. Lugo. probarent enim, etiam pro foro externo non requiri ultimarè illas solennitates, sed illis deficientibus offerri posse juramentum hæredi ab intestato, sibi non constare, nec se audivisse à defuncto, quasi vellet alium esse hæredem, quod tamen adversarii non admittunt, nec in praxi observatur.

Loquuntur ergo leges illæ non de testamento & hæredis institutione, sed de fideicommissis, in quibus, quia testator fidei hæredis, vel legatarii, committit aliquid solvendum, vel restituendum, tunc etiam deficientibus solennitatibus statur fidei ejusdem hæredis, vel ejus qui solvere debet, qui, delato juramento si fateatur eam fuisse defuncti voluntatem, solvere compellitur: si verò jurare renuat, pro confesso habetur. Ratio autem cur hoc specialiter statuatur in fideicommissis, redditur in ipsis legibus ex Etymologia nominis, *quia fidejussorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt.* Sed hoc in seq. tract. meliùs explicabitur, quando agam de substitutione fideicommissaria.

38. Hoc ipsum etiam ad omnia legata semel ab hærede agnita extendi videtur in lege. *Non dubium. C. de Testam.* ibi. [Qui ex Testamento, vel ab intestato hæres exstiterit, etsi voluntas defuncti circa legata, seu fideicommissa, seu liberalitates legibus non sit subnixa, tamen si suâ sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.]

Rationem reddit citatus Auctor. Cùm enim hæres repræsentet personam defuncti, quando hæres fatetur, illam fuisse voluntatem defuncti manifestatam, perinde habetur, acsi ipse defunctus id nunc declararet: ergo non debet hæres contrarium velle, ne sibi ipsi contrarius sit: sed debet voluntatem defuncti quem repræsentat, perinde tueri, acsi sua propria esset: unde per talem agnitionem solennizatur voluntas defuncti. Hanc rationem examinabo seq. tr. loco indicato.

39. Hinc inferunt aliqui: Quòd etiamsi fideicommissarius & legatarius nihil prætenderet ex ignorantia talis voluntatis defuncti, hæres tamen eam sciens teneretur in conscientia. Nihil hujusmodi procedit in casu de quo disputamus, nam tunc deest suppositum, nempe hæres repræsentans defunctum: qui enim teneretur alteri restituere hæreditatem, jam non ipse repræsentaret defunctum, quia ipse supponitur non esse hæres.

40. Objiciunt 2. Leges irritantes Testamenta minùs solennia fundantur in præsumptione fraudis: ergo si de falsitate præsumptionis constat, legis dispositio locum non habet. Ad hanc objectionem constat ex alibi dictis, & ex dicendis de Contr. in gen. leges irritantes non fundari in præsumptione fraudis pro casu determinato particulari, sed in præsumptione verissima & infallibili periculi fraudum sæpè alioquin committendarum, nisi contractus penitùs irritarentur. Alioquin posset quis validè contrahere clandestinum Matrimonium, si sciret se habere animum sincerum. Et hoc modo sunt intelligenda jura citata in præced. ob: dum dicunt, solennitates desiderari in testamentis propter evitandas falsitates.

Objicit Ferd. Vasq. 3. legem. 1. *ff de lib. & post.* [Quid sit nominatim exhæredari, videamus. nomen, & prænomen, & cognomen ejus dicendum? an sufficit, vel unum ex his? constat sufficere.] Ecce! pro forma exhæredationis desideratur, quòd exprimatur nomen, prænomen, & cognomen, & tamen unum sufficit. ℞. Hoc ipso quia textus dicit unum sufficere, vult dicere, illa non requiri copulativè, sed disjunctivè. Alioquin dici posset (si paritas esset) sufficere ad valorem testamenti, unam ex solennitatibus observari.

41. Infertur ex dictis cum Covarr. quà ratione intelligenda sit lex *Papinianus* §. 1. *ff. de inoff. testam. & cap. si pater. de testam. in 6.* & alia jura, quibus sancitum est, per expressam pupillarem substitutionem matrem excludi etiam à portione legitima in bonis pupilli, etiam in foro conscientiæ. Si tamen mater pupilli sit inops, poterit alimenta petere à substituto. ex *L. si quis à liberis. §. idem rescriptum ff. de agnosc. & alend. lib.* Quæ omnia infrà pluribus confirmabuntur in proprio loco, nunc solùm indicantur, ut cohærentia doctrinæ observetur.

42. Sententiam nostram amplexus est Senatus Pedemontanus anno 1588. in facti specie, quâ nulla aptior concipi posset. Detrusus in carceres æger ad confitendum Parochum, ad suprema verò ordinanda Notarium testésque convocari petiit, utrumque illi negatum est: is ergo palàm hæredem nuncupavit uxorem suam charissimam, præsente Gubernatore (qui negavit accessum) cum uxore fratréque. Scripturam de ea re Gubernator mandante testatore confecit, quam testator propriâ manu subscripsit. Quæsitum est, an valeret testamentum, cùm de Testatoris voluntate tam per scripturam quàm per tres illos testes constaret, & non fuit in potestate testatoris habere plures testes. Sanè videri poterat in hoc casu habere locum Constitu-

 tio,

tio Nov. 41. quæ jubet, ut si in itineribus vel agris aliisque inhabitatis locis testamentum fiat, trium testium confirmatio suscipiatur. Sic illis qui in expeditione bellica aut grassante peste testantur, vulgares testamentorum solennitates remittimus, favore ultimæ voluntatis conservandæ. Et æquum videtur, ut in tali impossibilitate sufficiant solennitates, quas jus gentium requirit. Pronuntiatum est tamen his omnibus non attentis, tale testamentum esse nullum, & legitimis hæredibus hæreditas adjudicata. Mulieri verò ex ærario publico pro Principis æquitate succursum.

43. Cæterùm lubet hîc advertere, quòd in casu posito potuisset probabiliter alio modo succurri mulieri, ut bona à marito sibi relicta consequeretur, nempe si illa non petiisset ex testamento, sed ex Ultima Voluntate innominatâ, ad quam non requiruntur alia, quàm indicia ex quibus Judex cognoscere possit Voluntatem defuncti, quam Ultimam Voluntatem agnoscunt non ignobiles Juristæ, Speculator *de Instrum. edit. §. compendiosè n.* 17. Ferdin Vasquins *l. a. de Test. §. 16. n.* 18. quos sequitur P. VVadingus *disp.* 4. *dub.* 2. *n.* 2. qui notat doctrinam non esse merè speculativam, sed valde posse servire in praxi: contingit enim sæpè, homines testandi rudes non habere in ultima sua voluntate, quæ ad testamentum propriè dictum requiruntur, sed tantùm declarare suam mentem.

44. Colligunt DD. hanc ultimam voluntatem innominatam (de qua tamen apud alios DD. nullam video mentionem fieri,) ex lege *cùm antiquitas. Cod. de Testam.* ubi ponuntur tria membra tanquam condistincta, Testamentum, Codicillus, & Ultima Voluntas. Verùm, quia alii DD. innumeri ne verbulo quidem indicant aliquid de hac Ultima Voluntate innominata, ego illam non magni facio, nec credo quòd illius prætextu (exceptis causis piis, & liberis) aliquid in Judicio obtineretur. Si enim hoc fieri posset cum effectu, cur, obsecro, tam sollicitè exigerentur solennitates? cur DD. non monent de cautela, ne quis perat hæreditatem ex testamento, aut Codicillo, sed præcisè ex Ultima Voluntate innominata?

CONTROVERSIA IV.

Valeatne Nuncupatio Hæredis cum Relatione ad Schedam.

SUMMARIUM.

Referuntur AA. pro affirmativa. 45.
Negativa præfertur. 46.
Probatio Cardinalis de Lugo non stringit. 47.
Probatur ex L. Hac consultissimâ. *cit.* 48. *Et ex* l. 29. C. h. t. 49. *Et ex* l. 21. ff. qui test. fac. poss. 49.
Prima objectio desumpta ab æquivalentia solvitur. 50. 51.
Secunda objectio desumpta ex testamento nuncupativo per pronomen Hic. 52.
Tertia objectio desumpta ex relatione ad Codicillum. 53.
Quarta ex lege 9. §. 8. ff. h. t. 54.
An valeret testamentum in vim nuncupativi hac formâ. Nuncupo hæredes, quorum nomina in his tabulis continentur. 55.
An valeret, si interroganti nominatim, responderetur. Volo. 56.
An satis sit balbutiente linguâ nominari. eod.
An sufficiat approbare schedam ab alio lectam. 57.
An relatio ad schedam haberet vim Codicilli. eod.

Controvertitur, utrum valeret Testamentum Nuncupativum, in ratione *Nuncupativi*, si Nuncupatio hæredis fieret per relationem ad schedam aliquam, dicendo v. g. *Instituo hæredem eum, quem in scheda apud Confessarium meum N. depositâ designavi.*

45. Communissima DD. antehac sententia fuit affirmativa, teste Julio Claro §. *Testamentum. q.* 36. quamvis fateatur, negari non posse, quin hæc opinio in puncto Iuris non modicam patiatur difficultatem, putat tamen ob communem auctoritatem non esse ab ea recedendum. Priùs autem *q.* 4. *n.* 3. *litt. d.* circa hoc ipsum monuerat, consultum fore, si Testator faciat per Notarium à tergo Schedulæ clausæ apponi tempus, & nomina testium, &c. Augustinus Barbosa testatur, ità fuisse sæpius in Rota Romana judicatum. Eandem tenent, multis aliis relatis Harpprecht in *Julium Clarum*: Item in *Inst. h. t. n.* 141. Georg. Everhard. *vol.* 2. *Consf.* 43. *n.* 5. *&* 6. Berlichius *p.* 3. *concl.* 4. *n.* 22. §. *Et quidem.* Diana. *to.* 3. *tr.* 3. *Resol.* 115. Tribuitur etiam hæc sententia Molinæ, *d.* 127. *n.* 4. Reverâ tamen ibi nihil asserit de suo, sed ad interrogationem, an valeat, respondet, communem hodie sententiam affirmare, hoc & ego fateor, nempe tunc temporis fuisse communem sententiam, neque tamen assentior, nec credo Molinam firmum assensum præbuisse, alioquin eam, ut solet Conclusionis nomine tradidisset, & vel aliquam legem, vel rationem attulisset. Eandem sententiam, quamvis multùm tricando tenet tandem Covarruvias *C. cùm ibi n.* 5. ità concludens. [Satis tamen crederem esse, etiam quoad hæredis institutionem, si res illa, ad quam relatio fit, sit indubitata, nec controvertatur eam esse, cujus testator meminit, nam etsi maximè forma servanda sit, tanta tamen potest esse in actu, ad quem relatio fit, certitudo, ut expressio nominatim facta videri possit: neque Iuris utriusque rationi convenit, superstitiosè nimis ejus decisiones servari.] Hæc ille, quæ quâ ratione cohæreant cum ejusdem sententia supe-

superiùs approbata de omnimoda nullitate Testamenti ex neglectu solennitatum, subsisto. Illud mihi persuasum est, in quibusdam Hispaniæ, & Italiæ tribunalibus saltem jure consuetudinario sententiam hanc sustineri.

46. Nihilominus inspecto Iure scripto, & theoricè judicando, mihi certum videtur tale testamentum non valere, prout etiam sentit P. Gabr. Vasquez *Opusc. de Testam. c. 1. §. 8. n. 46.* (quamvis videatur potiùs loqui de Iure Regio, quam Cæsareo) & Card. de Lugo *n. 5. in fin.* nullo tamen Iure probat, soli Rationi ex absurdo petitæ innixus, quæ facilè eluderetur. Ex Juristis post quosdam antiquiores tenet *Ferd. Vasq. 10. 2. lib. 2. §. 11. n. 16. & 17.* Eandem sententiam Gilkenius tit. *C. de Testam. in L. Hac Consultissimâ.* supponere videtur. Sichardus *in eand. L.* Absolutè & clarè eam tenet Arnoldus Rath *de solennib. th. 9. & seq.* Casparus Manzius *de Testam. tit. 4. q. 2. n. 16.* Denique huic sententiæ robur maximum accedit ex Constitutione Maximiliani I. *Anno 1512. Coloniæ promulgatâ*, ubi requiritur ad Nuncupativum testamentum, ut coram testibus apertè, clarè & disertè hæres nominetur, & exprimatur. Idem statutum est Jure Bavar. *tit. 34. a. 4.*

47. Card. de Lugo probat Conclusionem hoc argumento. Si contraria sententia vera esset, sequeretur, frustra requiri in testamento scripto subscriptionem & sigillum, saltèm regulariter loquendo (quidquid sit de casu extraordinario, quo testator protestaretur, nolle se testamentum aliter, quàm ut scriptum valere) sequela probatur. Nam quando testamentum non habet quidem omnes solennitates testamenti scripti, habet tamen solennitates testamenti nuncupativi, sustinetur ut nuncupativum (ut dicemus seq. Contr.) atqui testamentum scriptum carens subscriptione & sigillo, semper posset valere ut Nuncupativum, quia semper adessent cætera requisita (ut ponimus) præter expressam, & vocalem nominationem hæredis, hanc autem explicitam negat requiri opposita sententia, putans sufficere implicitam, per relationem ad schedam illam, non subscriptam, quod fieret in omni casu. Ergo nunquam posset reprobari testamentum scriptum ob defectum solennitatum, ità ut non valeret, ne quidem ut nuncupativum. Ad hoc argumentum facilis est responsio, negando sequelam. Nam etsi semper in tali casu fieret relatio ad aliquam schedam, quam fortasse testator manibus tenet, & Testibus ostendit, sæpè tamen postea non constaret sufficienti certitudine, quòd illa esset eadem scheda immutata & invariata, quam Testibus ostenderat. Hanc autem certitudinem contraria sententia notanter requirit, ut patet ex relatis. Ergo adhuc multi casus essent, in quibus non frustra requirerentur subscriptiones & sigillum, sed horum defectu posset hujusmodi Testamentum simpliciter reprobari. Hac ergo ratione sepositâ

48. Probanda est Conclusio ex verbis legis citatæ, *Hac consultissimâ §. 2.* ubi sic statuit Imperator. [*Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, Testamenta non aliàs valere sancimus, quàm si septem Testes (ut dictum est) simul uno eodémque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut Testamentum sine scriptura facientis audierint.*] Hæc verba si attentè conferantur cum verbis præcedentis §. ubi dixit, Testamentum Scriptum ideo inventum esse, ut possit Testes latere hæres, & tamen debet Testibus dici, hoc esse suum Testamentum, profectò clarè colligitur, quòd pro differentia *Nuncupativi* requirens, ut testes audiant voluntatem testatoris, non loquatur de implicita adversariorum auditione, sed de tali auditione, quâ hæres in propria persona innotesceret testibus.

49. Probatur adhuc clariùs ex *lege 29. C. h. t.* quâ nihil clarius dici potest. ibi. [Sin autem forsan ex morbi acerbitate, vel litterarum imperitiâ hoc facere minimè potuerit, testibus testamenti præsentibus, nomen vel nomina hæredis, vel hæredum ab eo nuncupari, ut NB. omnimodo sciant testes,] Et non tantùm eo modo quo etiam sciunt testes testamenti scripti: [qui sint scripti hæredes: & ità certo hæredis nomine successio procedat. Si enim talis est testator, qui neque scribere neque articularè loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogia committitur. Quare, ut exul fiat à Republica nostra maximè testamentorum confectione, cupientes hanc edictalem legem in orbem terrarum ponimus. Quod si non fuerit observatum, & nomen hæredis, vel hæredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel NB. voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minimè patimur.] Et quæso, quomodo in sententia adversariorum est verum dicere, quòd testes sciant, qui sint scripti hæredes, si tantùm in confuso sciunt, eum esse hæredem, qui in charta scriptus est, si illis non constat, quis in charta scriptus sit? an ego dicerer scire quis sit pater meus, si plus non scirem, quàm, eum esse patrem meum, qui me genuit?

Jam antè in libris Digestorum idipsum Ulpianus edixerat *in lege 21. ff. qui test. fac. poss.* [Hæredes, *inquit*, palàm ità, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testanti, vel nuncupare hæredes, vel scribere: sed NB. si nuncupat, palàm debet.]

50. Objicitur 1. Id quod per relationem ad aliud certificatur, potest æquè certum esse, atque si digito vel voce demonstraretur. *L. 6. ff. de rebus credit.* ibi. *Nihil refert, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutuâ vice funguntur, quæ tantundem præstent.* Ad hunc locum respondet glossa Gotofredi, procedere in contractibus: tunc enim quædam, etsi verbis non sint expressa nominatim, subintelliguntur tamen ex natura

ipsius actûs quem agimus, seu gerimus, ea pro cautis & expressis habenda sunt.

51. Aliter respondet Arnoldus Rath. Solennia testamenti non tantùm probationis causâ, sed etiam pro substantiali forma requiri, adeoque probationem alterius formæ non sufficere, etiamsi æqualis sit, vel fortè plenior, quemadmodum nec unius testis subscriptio aut omnino omissa, aut saltèm non legitimo modo facta, per præsentiam etiam mille testium præter formam solennem & necessariam superadditorum suppletur, ut infrà dicetur. v. g. quis neget testimonium uniforme mille fæminarum posse æquivalere quoad certitudinem unius masculi testimonio, quales admittuntur in testamentis? mille item non rogatos, uni rogato? & tamen cum illis non staret testamentum. Ratio est, quia si liceret supplere solennitates à Jure requisitas per alias conditiones, quæ testatori aut aliis videntur ejusdem certitudinis esse, magnæ confusionis evidens esset periculum, innumera testamenta dubia redderentur, summa denique difformitas, nullus litium terminus esset. Confirmatur. Sic enim defendi quoque posset sententia non recepta de jure communi, quòd in testamento scripto sufficeret, si unus aliquis testis subscriberet, non quidem expresso nomine testatoris, sed relatione ad contestes factâ. Itaque quamvis solennitates non requirantur à jure merè cæremoniæ aut ornatûs gratiâ, sed ad evitandas fraudes, ut vidimus suprà, necesse tamen erat, aliquas determinatas requiri, nec in arbitrio testatorum esse in illis variare: aliàs enim absolutè & universaliter nec fraudum periculum evitaretur, nec lites facilè terminarentur, nec ulla conformitas obtineretur, cujus rei instantia est in Præsentia Parochi requisita ad valorem Matrimonii.

52. Objicitur 2. Sufficit ad Testamentum Nuncupativum nominare hæredem per pronomen, Hic, & digito eum demonstrando. *l. 58. ff. de hæredib. inst.* *Nemo dubitat, rectè ità hæredem nuncupari posse.* Hic mihi hæres esto. *cum sit coràm qui ostenditur.* Ergo etiam sufficiet, si dicatur: ille hæres esto, qui in charta apud talem, vel talem existente scriptus est. ℟. Transeat antecedens, (de quo sunt, qui dubitent, an correctum sit per Ius Codicis, expresè requirens articulatam nominis pronuntiationem.) nego consequentiam. Nam in illo casu Pronomen demonstrativum habet vim nominis, & ad cognoscendum hæredem non est opus recurrere ad aliud signum demonstrativum non vocale, adeoque retinet perfectè rationem *Nuncupativi.* At verò in casu consequentis, de quo disputamus, recurrendum esset ad signum non nuncupativum sed scriptum, sicque mutaret formam.

53. Objicitur 3. In Testamento Scripto potest relatio fieri ad Codicillum, non obstante, quòd requiratur in Codice, ut nomen hæredis scribatur in Testamento. *l. 77. eod* [Asse toto non distributo ità scriptum est: quem hæredem Codicillis fecero, hæres esto. Titium Codicillis hæredem instituit, ejus quidem institutio valet, ideo, quòd licèt Codicillis hæreditas dari non possit, tamen ex Testamento data videtur.] Ergo idem de Testamento nuncupativo dici poterit. ℟. Iterum, transeat antecedens (nam & hoc immutatum esse Iure Codicis, requirente scriptionem nominis in Testamento, aliqui opinantur) nego consequentiam. Quia Relatio ad Codicillum est Relatio ad scripturam sollennizatam, & sic non mutatur forma Testamenti Scripti. Deinde hoc meritò constitutum est, quia faciliùs conficitur Codicillus quàm Testamentum Scriptum, & hoc solet sæpè ante omne mortis imminentis tempus & periculum condi, quia verò multa possunt interim accidere, ob quæ quis circa hæredem variandi causam habeat, hinc utile & expediens est, posse conficere Testamentum, & in eo necdum factâ ultimâ determinatione hæredis, referre se ad aliam determinationem in Codicillo faciendam. Denique non est in hoc casu periculum fraudis, quia nescitur, quid in Testamento clauso scriptum sit, an hæres nominatus, an relatio ad Codicillum facta. At verò in casu nostro constaret testibus de relatione ad schedam, & hinc nasceretur periculum substituendi aliam schedam.

54. Objicitur 4. Ex lege 9. §. 8. *ff. h. t.* ubi dicitur. *Si quis nomen hæredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod penè nihil à nomine distat, valet institutio.* Ergo quodcunque signum sufficiet. Ergo etiam relatio ad schedam. ℟. Distinguendo primum consequens. Quodcunque indubitabile signum vocale, concedo, aliud signum cum relatione ad illud, nego. Itaque etiamsi non proferatur nomen hæredis, si tamen describatur alio modo, ut perinde sit, acsi nominatus esset, valebit nuncupatio.

55. QUÆRES 1. An saltèm valeret Testamentum in vim Nuncupativi, si testator chartam clausam Testibus spectandam exhiberet dicendo: *Nuncupo hæredes eos, quorum nomina in his tabulis continentur.* Respondet Julius Clarus *q. 4. n. 3.* consequenter ad suam doctrinam, quòd valeret. Nos autem eâdem doctrinæ consequentiâ respondemus, quòd non valeret. Nam, ut diximus, ad Nuncupativum Testamentum requirunt Leges, ut Testes intelligant explicitè, & determinatè, quis sit hæres, & de hoc debeant ab ipso testatore immediatè edoceri, & non primùm postea per inspectionem schedæ, prout fit in Testamento scripto. Uno verbo, in Testamento Nuncupativo non debet post factam Nuncupationem latere hæres, sed independenter ab omni instrumento debet per

testes

testes posse probari. Et ità quidem inspecto Iure Communi, quidquid sit de Iure Consuetudinario.

56. QUÆRES 2. An saltèm valeret Nuncupatio, quà testator interroganti Notario, aut alteri, an Petrum velit esse suum hæredem, respoonderet: Volo. ℟. Affirmativè conformiter ad sup. dicta: dummodo cætera intervenerint, nempe ut Testes fuerint rogati ad hunc finem, à Testatore. Nam in his circumstantiis idem est ac si diceret: Volo huoc esse, demoostrando digito. Iam enim hæc æquivalent, oec plus requirit lex, ut vidimus, & ità sentiunt teste Menochio. *l. 4. præsumpt. 8. n. 9 & seqq.* communiter DD. Ant. Fabro excepto. Sed de simili casu plura infrà n. 70.

QUÆRES 3. Quid si balbutiente linguâ nuncupaverit? ℟. Sufficere, si à testibus sit intellectus. *l. 15. C. de Testam.* ibi. *si modò per eam liquebit voluntatis intentio: nec necessaria sunt momenta verborum, quæ fortè semineces & balbutiens lingua profudit.*

57. QUÆRES 4. Quid si curet testator ab alio legi schedam coram Testibus, in qua scriptus est hæres, & quod lectum est approbet? ℟. Sufficere: sufficienter enim tunc partim per se partim per alium loquitur. Et ità statutum est Iure Bavarico. *a. cit.*

QUÆRES 5. An relatio ad schedam saltèm valeret io vim Codicilli. ℟. Negativè. Quia Codicillus nuncupativus æquè requirit vocalem nuncupationem, ac Testamentum. Ergo si hoc oon valet ob dictum defectum, nec Codicilli vim habere potest.

CONTROVERSIA V.

Utrum Testamentum in ratione Scripti *attentatum, sed invalidum ex defectu alicujus solennitatis, possit valere in ratione Nuncupativi.*

SUMMARIUM.

Casus & status quæstionis proponitur. 58.
Sententia affirmativa præfertur. 59.
Colligitur ex primaria intentione testantis. 60.
Confirmatur ex lege. 12. ff. de rebus dubiis. 61.
Refertur Novella Leonis, 42. 62.
Solvitur 1. *Objectio, declarando voluntatem testantis.* 63.
Quomodo sit accipiendum illud vulgare. Quæ pendent à voluntate unius, si non valent ut ago, nec etiam valent, ut valere possunt. 64. 65.
Tertia objectio desumpta ex necessitate clausulæ Codicillaris. 66.
Aliorum solutio non sufficit. 67.
Auctoris solutio: & rationes, ob quas Iura non præsumant animum Codicillandi in Testamento minùs sollenni. 68. 69.
An aliquando sufficienter declaretur animus per: Ità. 70.
Iure Bavarico quid specialiter statutum. 71.
Explicatur lex 26. C. h. t. 72.

58. Casus est. Titius voluit testari in scriptis: in quem finem convocavit Testes, scripturam confecit, in eàque hæredem scripsit: insuper scripturam Testibus publicavit: de cætero prætermissa est in subscriptione vel signatione aliqua solennitas requisita quidem ad Testamentum scriptum, sed noo requisita ad Testamentum nuncupativum, nulla verò defuit requisita ad Testamentum nuocupativum: dubitatur, utrum Testamentum hujusmodi in vim Nuncupativi sustineri possit. Et quidem poterat testator fortè adjecisse clausulam hanc, *ut hoc Testamentum subsistat meliore modo quo potest*, vel hanc clausulam prætermittere.

Prima sententia est, tale Testamentum nullo modo subsistere. Ità Codex Fabrianus, seu Faber in Codicem. *lib. 6. tit. 5. defin. 4.*

Alii sunt, qui admittunt valere, adjectâ illâ clasulâ, negant valere eâ non adjectâ. Hi videntur esse, quos adducit Meoochius mox citandus. n. 23. Hanc sententiam tribuit Ferd. Vasq. quibusdam antiquis.

Tertia sententia est, valere tale Testamentum in vim Nuocupativi, sive adjecta fuerit illa clausula, sive non. Ità præter plures à se citatos tenet ipse Vasquius. *lib. 2. §. 11. n. 12.* Grassus §. *Testamentum. q. 10.* Menochius. *lib. 4. de Præsumpt. præs. 2. n. 16.* Julius Clarus. §. *Testam. q. 4. n. 2.* Qui notat, hoc procedere, oisi expressè constaret de voluntate contraria testatoris, quòd nollet aliter valere nisi tanquam Testamentum in scriptis: quam tamen protestationem oescio an facilè aliquis testator adjecturus sit, volens exponere Testamentum suum periculo subversioois, præcisè ob illud commodum, quod erit, si potiùs io scriptis, quàm nuncupativè hæredem obtinuerit eundem: quod commodum quale futurum sit, ego non video. Eandem tenet Besoldus. Consil. *decade. 2. cons. 6. p. 127. cum seqq.* Ant. Perez. *tit. de Testam. à n. 19.* Harpprecht. §. *fin. Inst. h. t. n. 7.* Arnoldus Rath. 14. & 15. Manzius. *l. c. n. 125. & seqq.*

59. DICO, hane sententiam sicut est communis, ità esse verissimam. Nec præter Fabrum invenire potui, qui in terminis adversaretur. Probatur 1. Ex Regula communi. Quòd unusquisque præsumatur, velle actum suum valere potiùs quàm noo valere, & quando non potest valere in ea ratione, quâ ille putat hîc & nunc valere, ut valeat in qua valere possit, si illi magis

gis expediens sit valere quàm non valere. Quod principium adeo certum est Theologis, ut inde defendant valorem Matrimoniorum quæ celebrant Abyssini, arbitrantes se celebrare Matrimonium dissolubile: quia tamen non protestantur, se nolle aliter valere, nisi sit dissolubile, præsumuntur velle potiùs valere ut indissolubile, quàm penitùs non valere, hoc enim illis expediens est, alioquin nullum eorum Matrimonium valeret. Quòd autem in tali casu videntur intervenire intentiones contrariæ facilè dissolvunt Theologi, distinguendo inter Intentionem primariam & secundariam, & dicunt, in concursu duarum hujusmodi intentionum incompossibilium, illam prævalere, quæ est Primaria. Iam ad nostrum propositum.

60. In nostro casu Primaria Intentio censetur esse, ut valeat Testamentum potiùs in vim Nuncupativi, quàm ut nullo modo valeat. Ergo semper adest sufficiens Intentio testatoris. Antecedens probatur ex *lege. 3. ff. de milit. Testam.* [Si miles, qui destinaverat communi jure testari, antè defecerit, quàm testaretur. (*posuit tamen ea quæ sufficiunt ad Testamentum militare*) Pomponius dubitat. Sed cur non in militare diversum probet? neque enim NB. qui voluit jure communi testari, statim beneficio militis renuntiavit. Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia: sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.]

Unde facile est argumentari ad casum nostrum. Sicut miles habet duos modos, imò tres, testandi, duos jure communi, & tertium jure militari, ità paganus habet duos modos jure communi. Ergo sicut Testamentum militis valet habens requisita ad Testamentum militare, quamvis voluerit testari jure communi, ità valebit Testamentum Pagani habens requisita Nuncupativi, quamvis voluerit testari in scriptis.

61. Confirmatur ex lege 12. *ff. de rebus dubiis.* quæ sic consulit. [Quoties in actionibus, aut exceptionibus, ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quàm pereat.] Cùm ergo totum dubium in nostro casu in eo versetur, an talis testator habuerit aliquo modo voluntatem, ut sua Institutio hæredis valeat saltèm in vim *Nuncupativi*, ità præsumendus est animus illius fuisse constitutus, ut actus potiùs valeat, quàm pereat: & hoc maximè observandum est in Testamentis, in quorum favorem (sicut & Matrimoniorum) in dubio pronuntiandum est. *l. 10. pr. ff. de inoffic. testam. ibi. Humanius erit, sequi ejus partis sententiam, quæ secundùm Testamentum spectavit.*

62. Probari posset Conclusio 2. Auctoritate Imperatoris Leonis Nov. 42. quæ quia Corpori Juris insertæ sunt, plurimùm ponderis habere debent, esto Leo fuerit Orientis Imperator, & Orientalibus leges tulerit. Illa ergo Novella prope medium, claris verbis hanc controversiam decidit. [Quibus verò benignior sententia animo resider, hi testamento, quod sigillorum impressione perfectionem non accepit, si non ut scriptum censeatur, certè tamen, qualem non scriptum & nuncupativum accipit, talem vigorem tribuunt. Nos itaque perplexitatem hanc adeo esse rebus humanis nocumento videntes, in benigniorum judicum sententiam pedibus imus, veterisque legis caliginem & ambiguitatem, in simplicem atque apertam cognitionem convertimus, ac sancimus, ut, quod testamentum respectu eorum quæ scripto testamento adesse debent, imperfectum est, si tamen nuncupativi testamenti testimonio non indigeat, vigore nuncupativi testamenti firmum sit.]

63. Objicies 1. Deficiente voluntate testandi, nullum potest esse testamentum: in casu nostro deficit voluntas testandi nuncupativè: ergo testamentum in ratione nuncupativi est nullum: atqui est etiam nullum in ratione scripti; quia caret solennitate: ergo simpliciter est nullum. Minor probatur. Qui vult testari in scriptis, non vult testari nuncupativè: sicut qui vult in uxorem ducere Mariam, non vult ducere Martham: sed in casu nostro testator vult testari in scriptis. ergo non vult testari nuncupativè. R. Negando Minor. ad probationem R. Distinguendo minorem. Non vult testari nuncupativè, in quantùm putat suam scripturam posse valere ut testamentum in scriptis, concedo. Non vult testari nuncupativè, supposito, quòd fortè non possit valere ut testamentum in scriptis, nego minorem. Habet ergo talis implicitam & conditionatam intentionem, ut si sua voluntas ultima hîc & nunc deficiat in ratione testamenti scripti, valeat saltèm in ratione alia quâ valere potest: potest autem, quantùm ad solennitates, valere in ratione Nuncupativi, quia, ut ponitur in casu, non solùm scripsit hæredem, sed etiam scripturam testibus articulatè publicavit. ergo illius intentio transit in absolutam, purificatâ conditione: sicut qui hæredi instituto substituit alium, habet quidem tantùm conditionatam voluntatem, ut substitutus sit hæres, *si institutus non velit vel non possit*, quodsi conditio purificetur, transit in absolutam.

64. Objicitur 2. In his quæ pendent à voluntate unius, si non valet ut ago, non etiam valet ut valere potest, ut scribit Bartolus & reliqui in *l. 1. §. si quis ita. de V. O.* atqui Testamentum est unius dispositio: ergo si non valet in scriptis, quale voluit esse testator, nec etiam valebitur nuncupativum. Ad hoc argumentum respondet Alciatus, & ex eo Menochius, majorem propositionem procedere, quando digressio fit ab una specie ad alteram diversam: atqui testamentum scriptum non est species diversa à testa-

mento

menio nuncupativo, quia non differunt in ſubſtantia, nempe in hæredis inſtitutione. Hæc tamen reſponſio non eſt ſufficiens. Nam hoc quod eſt, *convenire in inſtitutione hæredis*, eſt quidem convenire in genere Teſtamenti, cum hoc autem ſtat, quòd ſpecie differant, ſicut omnes ſpecies contractuum conveniunt in hoc quòd ſint *Vltrò citróque obligatio*: & tamen differunt ſpecie. Et quidem illa teſtamenta differunt in ſubſtantia, quatenus differunt in aliqua ſolennitate, quæ uni eſt ſubſtantialis, alteri non eſt, v.g. ſubſcriptio & ſigillatio eſt ſubſtantialis Teſtamento ſcripto, non item Nuncupativo, econtra articulata nuncupatio hæredis, ut teſtes eum ſciant, eſt ſubſtantialis teſtamento nuncupativo, ſed non Scripto. alia ergo reſponſio adhibenda eſt.

65. Et quidem univerſim major propoſitio ità crudè prolata & accepta, ut eam accipiunt adverſarii, habet contra ſe ſexcentas inſtantias, ut patet ex iis quæ dixi in Theol. Specul: *lib. 4. tr. 2. de Sacram. in genere & de Intentione Miniſtri.* v.g. Schismaticus Abyſſinus vult facere Matrimonium diſſolubile, atqui hoc non facit: & tamen valet Matrimonium, quia poteſt valere ut indiſſolubile. Hæreticus vult baptizare, ſed nullum imprimere characterem, hoc autem non agit, nec agere poteſt; & tamen valet baptiſmus, & imprimit characterem. Major ergo propoſitio ſolùm vera eſt in caſibus, in quibus Intentio eſt reſtricta ad id, quod objicitur menti operantis, ut ibidem eſpoſitum eſt. Demus exemplum clarum. Paulus vult ducere filiam Franciſci, adducitur illi per fraudem aliqua, quæ ſe fingit filiam Franciſci: contractus non valet, quia eſt error in ſubſtantia, ob reſtrictam intentionem ad veram filiam Franciſci, ut pluribus tradam *in tract. de Contractib. in genere. Tomo 4.*

66. Objicitur 5. Et difficiliùs. Etiamſi aliquod teſtamentum carens aliquâ ſolennitate Teſtamenti, habeat omnes ſolennitates requiſitas ad Codicillum, nihilominus, niſi adjiciatur expreſſè clauſula Codicillaris, *ut ſi non poteſt valere ut Teſtamentum, valeat ut Codicillus*, non valebit ut Codicillus. ergo etiam in caſu noſtro niſi adjiciatur clauſula, non valebit ut teſtamentum nuncupativum. Antecedens habetur in *L. 1. ff. de Jure Codicill.* [Sæpiſſimè reſcriptum & conſtitutum eſt, eum qui Teſtamentum facere opinatus eſt, nec voluit quaſi Codicillos id valere, videri nec codicillos feciſſe. Ideoque quod in illo teſtamento ſcriptum eſt, licèt quaſi in Codicillis poterit valere, tamen non debetur.] Reſpondet Menochius, diſparitatem eſſe, quia in Codicillis directè quis hæres inſtitui non poteſt, ſicut in teſtamento, & ideo ex Codicillis non poteſt hæres totam ſubſtantiam conſequi, (detrahitur enim ab hærede legitimo Trebellianica) ſicut poteſt ex teſtamento. Ità eſt. Sed quomodo hinc ſequitur, quòd Teſtator nolit illum conſequi ſaltem reſiduum, adeoque valeat ut Codicillus?

67. Ideo acutiſſimus Arnoldus Rath addit, hoc ideo eſſe, quia voluntas teſtatoris individua eſt, hoc eſt, vult vel hæredem conſequi totum, vel nihil. Sed nec hoc mihi ſatisfacit. Adhuc enim urgent omnia argumenta pro Concluſione facta: nempe quivis cenſetur actum valere velle, quantùm poteſt, ſi nil ipſius interſit, an ſic vel alio modo valeat. Sanè qui vult alteri obvenire totam hæreditatem, ſi hoc non poteſt obtinere, cenſebitur ſaltèm partem illi obvenire velle, & quidem à fortiori. cur enim invideat partem, qui non invidet totum? Deinde etiam qui alicui legatum relinquit, habet voluntatem individuam, quia vult totum legatum obvenire (vel ſi in alio ſenſu dicitur individua, petitur manifeſtè principium) & tamen eâ non obſtante ſæpè detrahitur Falcidia. Cùm ergo hi DD. non non ſatis oſtendant defectum voluntatis implicitæ & conditionatæ in hoc caſu, qualem agnoſcunt in caſu Controverſiæ, reſtat illis oſtendendum, quòd in hoc caſu deſit aliqua ſolennitas requiſita ad Codicillum, quæ tamen ſuppleri poſſit per clauſulam Codicillarem.

68. Aliter ergo mihi reſpondendum videtur, & oſtendenda aliqua rationabilis cauſa, quæ ſubeſſe poſſit, ut interſit Teſtatoris, utrum Hæredi legitimo, ſeu ab inteſtato venienti, per Codicillum aliquis ſubſtitutus ſit indirectè, nec ne: ut proinde malit totam hæreditatem eſſe penes legitimum hæredem, quàm eſſe diviſam, ità ut Trebellianica obveniret Hæredi ab inteſtato, reliquum ſubſtituto. Poſſet autem hujuſmodi rationabilis cauſa eſſe, cavere lites & controverſias, quæ ex obligatione reſtituendi hæreditatem retentâ Trebellianicâ naſcerentur inter hæredem legitimum & ſubſtitutum, v.g. ſubſtitutus eſſet Frater uterinus, hæres legitimus eſſet Frater Germanus, inter quos nollet eſſe lites, ſed mavult Germanum fratrem totam hæreditatem habere, quàm cum animorum alienatione eam eſſe reſtituendam uterino. & quia fortè uterinus plus à Germano ſperare poteſt, quàm conſequeretur ex hæreditate. Poſſet item timere, ne hæres legitimus, ſpretâ Trebellianicâ, eò quòd & ipſe in teſtamento ſpretus eſſet, nollet adire hæreditatem, & ſic fortè hæreditas ad fiſcum deveniret, qui cum non ſuccedat Jure proprietario, ſed Iure Superioritatis (ut dictum eſt tomo 1.) carebit inde omni hærede teſtator, quod eſſet contra ejus intentionem.

69. Ob has ergo, vel alias ſimiles rationes noluerunt Legiſlatores præſumere in teſtamento minùs ſolenni animum Codicillandi, niſi expreſsè Clauſula adjiceretur Codicillaris, adeoque ad cavendas incertitudines & ambiguitates, voluerunt hujuſmodi voluntatem tacitam, etiamſi fortè hic & nunc ſubeſſet, reddere penitus inefficacem, niſi adjiceretur clauſula. ſicut

noluerunt

noluerunt nudam promissionem esse efficacem ad pariendam actionem, nisi præcederet stipulatio & interrogatio.

70. Controversiæ hactenus disputatæ satis affinis est hæc alia, an si quis æger decumbens, nec potens ampliùs articulatè loqui plura verba, quàm *Ità*, *Non*, *&c.* qui priùs nullo signo indicavit desiderium testandi, superveniat tamen, v.g. Notarius com testibus, & concipiat testamentum prout putat voliturum ægrum, idque coram testibus ad hoc à se nomine ægri rogatis legat ægro, & quærat, an illud approbet, isque respondeat. *Ità.* Quæritur, inquam, an valeat? Ratio dubitandi est, quia *præced. Contr.* ex communi diximus, talem nuncupationem esse sufficientem, saltèm si præcesserunt indicia de animo testandi. Valere affirmat Menochius plures citans *lib.* 4 *Præsumpt.* 8. *n.* 16. inter eos Petrum Peckium *de testam. Conjugum. l.* 1. c. 5. *n.* 9. ubi nec verbulum de hoc habet, sed c. 17. de hoc agit. ubi tandem n. 8. expresè contrarium tradit, & requirit id quod mox dicemus requiri à reliquis. Neque alium auctorem videre potui, qui Menochio adstipularetur. In terminis illi contradicit aliis relatis Uldalricus Zasius *Conf.* 3. *lib.* 1. *n.* 37. qui benè advertit, requiri, ut Notarius, vel quicunque alius sicut & testes, ad hoc fuerint adhiti ab ipso testatore in hunc finem, ut coram illis nuncuparet, & hoc videtur planè esse ex mente legum superiùs allegatarum, dum requirunt, ut testes sint rogati, utique à testatore: quomodo autem rogentur in casu Menochii, ego non video. Eandem sententiam tenuerat Jason, & tenet Covarruvias *in cap. cum tibi. de Test. n.* 4. & Julius Clarus *q.* 37. *n.* 7. asserens secundùm hanc sententiam judicâsse Senatum Mediolanensem in causa Illust. D. Marliani. Ratio fundamentalis est, quia hac ratione non caverentur fraudes, quas maximè cavere satagunt leges dum requirunt solemnitates, & æger in tali casu præsumitur potiùs ad submovendam molestiam & importunitatem interrogantis, quàm animo serio disponendi respondisse.

71. Jus Bavaricum hoc expressiùs statuit *t.* 34. *a.* 5. admittit tamen, quòd legatum, aut fideicommissum sustineantur, quæ relinquuntur à testatore, non ultrò & sponte, sed ad interrogationem alterius.

Sanè Menochius suam sententiam tandem ità limitat, ut *n.* 41. responsum Alciati improbet, qui dixit, Testamentum conditum à Marito ad uxoris interrogationem, quæ se hæredem fieri interrogavit, valere: cùm testator graviter ægrotaret, & non constaret de ejus voluntate testandi. Nempe improbat, quia uxor erat persona suspecta. Sed quæso, cur non quivis alius, non vocatus, nec rogatus, sed sponte se ingerens, & in favorem alterius interrogans meritò sit suspectus, quòd fuerit subornatus? erit profectò casus summè Metaphysicus, quo omnis suspicio in tali ultronea interrogatione submovebitur.

Hinc meritò quoque reprobatum est Testamentum (ità consulente Castreosi *cons.* 156. *col.* 1.) cujusdam graviter ægrotantis, conditum ad interrogationem cujusdam Religiosi patrui eorum nepotum quos hæredes instituі ipse multùm affectârat.

72. Objici hîc tandem posset ex lege 26. *C. de testam*: ubi videtur negari, quòd Testes debeant esse rogati. [In Testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitùs amputamus, ut postquam septem Testes convenerint, satis sit voluntatem testatoris simul omnibus manifestari, significantis ad quos substantiam suam pervenire velit.] Respondet optimè Arnodus Rath, hâc lege non tolli, quòd Testes debeant esse ad hoc rogati, seu collecti (hoc enim expresè habetur in lege. *Hac consultissima §. fin.*) sed hoc solùm à Justiniano remitti, ut non ampliùs requiratur, quod olim requirebatur, ut testator proferat illa formalia verba (quæ in ipsa lege diverso charactere ponontur) *Ideo eosdem Testes convenisse, quòd sine scriptis suam voluntatem, vel Testamentum componere censuit.*

Et hactenus de Testamento Nuncopativo, tanquam imperfectiore, quàm sit Scriptum. Cujus securitati ut meliùs consulatur, adhiberi solet Notarius, qui voluntatem testatoris, rogationem & præsentiam Testium, totúmque actum testandi in publicum instrumentum referat, eum in finem, ut casu quo unus, aut alter testis moreretur ante executionem Testamenti, fieri possit fides rei gestæ per Scripturam Notarii.

CAPUT

CAPUT II.

DE SOLENNITATIBUS IN SPECIE.

CONTROVERSIA I.

Quænam in Scriptura Testamenti observanda sint.

SUMMARIUM.

An ad Testamenti Scripturam requiratur materia certa. 73.
An intersit, quibus characteribus scribatur. 74.
In Testamento militis est exceptio. 75.
An certum idioma requiratur. eod.
An vitietur omissione alicujus particulæ. 76.
An in Scriptura aliquis ordo servandus. 77.
Negativa firmatur Iure Codicis. 78.
An vitietur, si hæredum nomina non scripsit testator, & quomodo suppleatur. 79.
An absoluto Testamento possit à testatore aliquid addi. 80.

73. QUÆRITUR 1. An in Iure sit aliqua materia designata, in qua & non alia debeat scribi Testamentum. ℞. Negativè, nihilque referre in qua materia scribatur. §. 12. J. h. t. *Nihil autem interest, Testamentum in tabulis, an in chartis, membranisve, vel in alia materia fiat.* Vnde si quis destitutus attamento, chartáque, scriberet testamentum plumbo in tabellis eburneis (ut hodie solent in usu esse) dummodo cætera non negligeret, valeret. Id quod satis clarè traditur in *L. 4. ff. de bon. poss. seu tab.* [Chartæ appellatio & ad novam chartam refertur, & ad deletitiam. proinde etsi in opistographo quis testatus sit, hinc peti potest bonorum possessio.]

74. QUÆRITUR 2. An intersit, quibus characteribus scriptum sit. ℞. Requiri ut sint characteres usitati, & servientes ad communem intelligentiam: aliæ enim notæ, aut cyphræ non sufficerent, sed scribi debet litteris integris, non abbreviaturis implicitis, quæ facilè in diversum sensum legi possent. Vnde etiam Notæ, quæ quandoque unam syllabam, quandoque integram dictioné significant, vitiarent scripturam, nam, ut habetur *L. 6. §. fin. ff. de bonor. possessione.* hujusmodi notæ non sunt litteræ. Quod si tamen eæ essent indubitatæ, nihil obesset. Cyphras etiam improbari colligitur ex Novel. 107. ibi. *Non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas.* Et meritò, nam sæpè difficulter cognoscuntur, & fraudibus facilis est locus in illis corrumpendis. Nota tamen, quòd illa Nov. loquatur de testamento inter liberos, saltèm quoad unciatum, aut alterius summæ significationem, ut ex Bartolo tradit Julius Clarus *q. 14. n. 3.* & alii. qui proinde putant, hoc pro forma testamenti inter liberos specialiter tradi, ut per integras & perfectas litteras scribi debeat, & non per notas, seu litterarum compendia. Aliqui tamen hoc universim etiam ad alia testamenta extendunt, quod verum esse existimo, si rationabilis causa dubitandi subsit de sensu notarum.

75. Testamentum Militis in hoc etiam privilegiatum est. *L. 40. ff. de Milit. Test.* [Lucius Titius miles Notario suo testamentum scribendum notis dictavit, & antequam litteris perscriberetur defunctus est, &c. Respondi militibus quoquo modo velint, & quomodo possunt testamentum facere concessum esse, ità tamen, ut hoc ità subsecutum esse legitimis probationibus ostendatur.] Ex qua lege probantur ea quæ priùs de aliis testamentis paganorum dicta sunt, exceptio enim firmat Regulam in contrarium.

QUÆRITUR 3. Quo idiomate testamentum scribendum sit. ℞. Nihil interesse hodie, quo idiomate scriptum sit, modò intelligatur. *L. hac consultissima §. 4. Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam Græcè omnibus liceat testari.*

76. QUÆRITUR 4. An vitietur Institutio, si periodus sit imperfecta per omissionem alicujus particulæ, quæ fortè per incuriam scriptoris abest. ℞. Si prudenter est indubitabile, talem particulam ex incuria, aut præcipitantia prætermissam, & præterea statim appareț eam subintelligendam esse, non vitiat dispositionem. colligitur ex *L. 1. §. 5. ff. de hæredib. instit.* ubi hujus omissionis exempla referuntur. *Si autem sic scribat:* Lucius hæres. *Licèt non adjecerit*

eſto. *Credimus plus nuncupatum, minus ſcriptum. & ſi ità.* Lucius eſto. *tantundem dicimus. ergo & ſi ità* Lucius *ſolummodo. Divus autem Pius cùm quidam portiones inter hæredes diſtribuiſſet ità* : ille ex parte tota. ille ex tota. *Nec adjeciſſet* : hæres eſto. *reſcripſit valere inſtitutionem, quod & Julianus ſcripſit. Item D. Pius reſcripſit* : illa uxor mea eſto. *Inſtitutionem valere, licèt deeſſet* : hæres. *Item Julianus* illum hæredem eſſe : *non putavit valere : ſed & ipſa valebit, ſubaudito.* Jubeo.

Deinde lege 4. C. h. t. habetur. [Si in nomine, vel prænomine, ſeu cognomine, ſeu agnomine teſtator erraverit, nec tamen de quo ſenſerit, incertum ſit, error hujuſmodi nihil officit veritati.] Ergo nec officiet omiſſio alicujus vocis, quam nemo prudens non advertit, ex mente teſtatoris adjiciendam fuiſſe.

77. QUÆRITUR 5. An in Scriptura aliquis ordo ſit neceſſariò ſervandus. Præſertim verò dubitatur an ante omnia ſit inſtituendus hæres, priusquam fiant ſubſtitutiones, aut legata. Difficultatem ingerit lex 2. §. 4. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ubi ſic habetur. [Priùs autem ſibi quis debet hæredem ſcribere, deinde filio ſubſtituere, & non convertere ordinem ſcripturæ. & hoc Julianus putat, priùs ſibi debere, deinde filio hæredem ſcribere. Cæterùm ſi ante filio deinde ſibi teſtamentum faciat, non valere.]

Cæterùm his verbis videtur è diametro repugnare quod ſequitur §. 5. *Sed etſi quis ità fuerit teſtatus.* Si filius meus intra quartum decimum annum deceſſerit, Sejus hæres eſto. *deinde.* Filius hæres eſto. *Valet ſubſtitutio, licèt converſâ ſcripturâ filii Teſtamentum fuerit.* Gloſſa hæc ità conciliat, quòd priore loco nempe §. 4. ſit ſermo, quando quis ſubſtituit filio pupillo exhæredato, & ſibi poſtea hæredem inſtituit. adeoque aliud eſſe, quando filium inſtituit hæredem, & illi ſubſtituit, tunc enim nihil obſtat ordinis inverſio.

Antonius Perez h. t. n. 4. in f. cenſet, hujusmodi inverſionem vitiare inſtitutionem, ob textum allatum §. 4. idem cenſet Harpprecht §. 5. *J. de vulg. & pup. Subſtit.*

78. Probabilius tamen exiſtimo, nullo modo vitiare, ſpectato ſaltèm Iure Codicis. Nam *l. 24. de Teſt.* ſic habetur. [Ambiguitates quæ vel imperitiâ, vel deſidiâ teſtamenta ſcribentium oriuntur, reſecandas eſſe cenſemus, & ſive inſtitutio hæredum poſt legatorum donationes ſcripta ſit, vel alia prætermiſſa ſit obſervatio non ex mente teſtatoris, ſed vitio tabellionis, vel alterius, qui teſtamentum ſcribit, nulli licentiam concedimus, per eam occaſionem teſtatoris voluntatem ſubvertere, vel minuere.]

Quin imò, ſi Baldo credimus, & Antonio Gomez, communiter hodie, & de communi tabellionum ſtylo ſemper ponitur inſtitutio in fine teſtamenti poſt omnia legata & fideicommiſſa, præterquam in teſtamento Cæci, in quo requiritur pro forma, ut hæredis Inſtitutio ponatur in principio & in capite teſtamenti, habetur in l. 8. C. qui teſtam. fac. poſſ. [Hac conſultiſſimâ lege ſancimus, ut carentes oculis, &c. ut ſi in ſcriptis teſtentur edoceant, deinde exprimant nomina ſpecialiter hæredum dignitates ſingulorum, & inditia, &c. & quid unumquemque legatarium &c.] Quamvis Gomez etiam in hoc teſtamento neget hoc eſſe de ſubſtantia.

79. QUÆRITUR 6. Quando teſtator ipſe propriâ manu non ſcripſit hæredum nomina, ſed ab alio ſcripta ſunt, an inde vitietur Inſtitutio. ℟. Hunc defectum eſſe alio modo ſupplendum. & quidem correctis antiquioribus Iuribus datur quidem teſtatori licentia, ut vel per ſe, vel per alium hæredis inſtituti nomen ſcribere poſſit, requiritur tamen inſuper, ut poſteriore caſu teſtamentum, vel propriâ manu, vel per octavum teſtem in hunc finem adhibitum, & quidem in ipſorum teſtium præſentia ſubſcribat, adeoque non ſufficeret ſubſcriptio facta in abſentia teſtium. Habentur hæc Auth. *Et non. C. de Teſtam.* ibi. *Subvenitur teſtamentis, ſi per ſe, ſive per alium quis inſcribat nomen hæredis.* eſt deſumpta ex Nov. 119. c. 9. Quòd autem debeat hæc ſubſcriptio fieri præſentibus teſtibus, habetur in Conſt. Maxim. l. 1512. & Statutis Bavar. *t. 34. a. 1.* ibi. *Et coram teſtibus omnibus propriâ manu ſubſcribat.* Ratio eſt, quia alioquin teſtamentum non eſſet uno tractu confectum : nam ſicut teſtes in præſentia teſtatoris, ità teſtator in præſentia teſtium ſubſcribere debet. Quòd autem ſcriptio hæredum poſſit fieri ab octavo teſte adhibito, habetur *in l. 28. §. 1.* ibi. *Vel ab aliquo pro eo, & conſtitutio ſic edixit : octavo ſubſcriptore adhibito.* & l. 21. eod. jam ſuperiùs recitatâ. ibi. *Octavo ſubſcriptore pro eo adhibito.*

Quodſi teſtator ipſe totum teſtamentum, vel ſaltèm nomina hæredum propriâ manu ſcripſit, non eſt quidem de Iure communi neceſſe, ut iterum ſubſcribat, aut octavum teſtem adhibeat, debet tamen hoc ipſum (quòd ſuâ manu ſcripſerit) in ſcriptura reponere. l. 28. ibi. [Si quis ſuâ manu totum teſtamentum, vel Codicillum conſcripſerit, & hoc ſpecialiter in ſcriptura repoſuerit, quòd hæc ſuâ manu confecit, ſufficiat ei totius teſtamenti ſcriptura.]

Dixi. *Iure communi.* Nam dictâ Conſtitutione, & Statutis Bavaricis adhuc requiritur, ut vel ipſe teſtator per ſe, vel per octavum ſubſcribat.

80. QUÆRITUR 7. An abſoluto teſtamento poſſit aliquid adjici à Teſtatore, vel immutari, ſaltèm adhuc præſentibus teſtibus. ℟. 1. Poſſe adjici aliqua præcisè ad declarationem eorum quæ jam ſolennizata ſunt, v. g. declarando quantitatem nummorum, vel magìs exprimendo nomina. ℟. 2. Poſſe adjicere Codicillos (ut infrà dicetur) ℟. 3. Si quid immutare velit, vel adjicere, omnia ex integro repetenda

tenda sunt. *L. 21. §. 1. ff. qui Testam. fac.* [Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Quod verò quis obscuriùs in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solennia explanare possit, quæritur, ut puta Stichom legavit, cùm plures haberet, nec declaravit, de quo sentiret, &c. erravit in nomine, &c. & puto posse, nihil enim nunc dat, sed datum significat.] Ratio est manifesta, quia testimonia priùs exhibita non poterant esse de futuro, de quo non constabat.

CONTROVERSIA II.

Quænam in Testium Numero observanda sint, præsertim in Testamento ad causas pias.

SUMMARIUM.

IN Testamento ad causas pias quot Testes requirantur. 81.
Quid universim Iure Canonico constitutum sit in numero Testium. 82.
Explicatur Disjunctio posita in c. 10. *h. t.*
Quos Pontifex intelligat per Testes idoneos. 84.
An adducta capp. Cùm esses. *&* Relatum. *procedant solùm de Testamentis ad causas pias.* 85.
Quousque se extendat cap. Cùm esses. 86. 87. 88.
Quomodo intelligendus Pontifex, improbans leges civiles de numero Testium. 89.
Instantia de Testamento cæci dissolvitur. 90.
An præsentia Parochi possit suppleri per duos alios Testes. 91.
An in cap. Relatum. *requirantur Testes de substantia.* 92.
Negativa præfertur auctoritate, & rigore juris inspecto. 93. 94.
Conciliatur cum cap. Cùm esses. 95. *& seqq.*
Quænam alia Testamenta sint in hoc puncto privilegiata. 99.
An Notarius possit numerum Testium complere. 100.
Sententia singularis Nicolai Vigelii de 5. Testibus rejicitur. eod.
In Testamento revocatorio sufficiunt 5. Testes. 101.
Quot Testes in Austria sufficiant. 102.
An sufficiant 7. Testes in una charta duorum conjugum testantium. 103.

81. IN Testamento perfecto de Iure Civili septem Testes requiruntur. §. 3. *J. h. t. & l.* 12. *C. eod.* *Si unus de septem Testibus defuerit, jure deficit Testamentum.* idem habetur. *l.* 28. §. *f. C. eod.*

QUÆRITUR 1. An hoc procedat etiam in Testamento ad pias causas. Pro Responsione distinguendum est inter Ius Canonicum & Civile. Jure Canonico non requiruntur septem Testes, sed duo sufficiunt. *c.* 11. *de Testam.* ubi Alex. III. [Relatum est, quòd cùm ad vestrum examen super Relictis Ecclesiæ causa deducitur, vos nisi septē, vel quinq; idonei testes intervenerint, inde postpositis judicare. Mandamus, quatenus cùm aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundùm leges, sed secundùm decretorum statuta tractetis: tribus, aut duobus legitimis Testibus requisitis. Quoniam scriptum est, in ore duorum, vel trium Testium stat omne verbum.]

82. Quin imò Iure Ecclesiastico non tantùm in Testamentis ad pias causas, sed etiam ad causas profanas non requiruntur nisi duo Testes cum Parocho. c. 10. eod. [Cùm esses in nostra præsentia constitutus, proposuisti, talem in tuo Episcopatu consuetudinem obtinere, quòd Testamenta, quæ fiunt in ultima voluntate, penitùs rescindantur, nisi cum subscriptione septem, vel quinque Testium fiant, secundùm quod leges humanæ decernunt. Quia verò à divina lege, & Sanctorum Patrum institutis, & à generali Ecclesiæ consuetudine id noscitur esse alienum, cùm scriptum sit, quòd in ore duorū vel trium Testium stet omne verbum, præscriptam consuetudinem improbamus, & Testamenta quæ parœciani coram presbytero suo, & tribus, vel duabus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis hujusmodi audeat rescindere Testamenta.]

83. Ex his duobus capitulis nascitur prima difficultas. Quare Pontifex dixerit disjunctivè, Iure Civili requiri septem, vel quinque Testes, cùm absolutè requirantur septem Testes. Respondent aliqui cum Abb. hoc factum propter Codicillos, in quibus solùm quinque Testes requiruntur. Codicillus autem saltèm impropriè potest vocari Testamentum. Probabiliùs respondet Prosper Fagnanus, Canonista hujus sæculi præcipuus, verbum *Quinque* fuisse appositum propter Testamentum quod fit ruri, in quo testes quinq; sufficiunt. *L. fin. prope f. C. eod.* [In illis verò locis, in quibus rarò inveniuntur homines litterati, per præsentem legem rusticanis concedimus, &c. Usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi jubemus, minùs autem nullo modo concedimus, &c.] Posset fortassis etiam responderi, Pontificem respexisse ad Constitutionem Leonis Imp. quâ in omnibus Testamentis quinque, in paganorum verò ruri & extra hominum commercia degentium, tres sufficere voluit. Quæ tamen Constitutio non est in Imperio occidentali recepta.

84. Secunda difficultas est, quid Pontifex intelligat per *Testes Idoneos.* An velit om-

nes illos excludere, qui excluduntur à Iure Civili (quos suprà retulimus, & infrà iterum) vel solùm illos, quos jus naturale & gentium tanquam suspectos, vel ineptos excludit. Ad hoc aliqui respondent, solùm excludi hos posteriores. Ità Anchoranus & quidam alii antiquiores, quibus accedit Covar. in d. c. Verùm probabilius est, etiam Iure Canonico requiri ad Testamentum, saltèm quod sit factum ad causas profanas, testes etiam Iure Civili idoneos. Ità Julius Clarus. *q.* 55. *n.* 3. & cum pluribus ab hoc relatis Fagnanus, qui id benè probat. quia capitulum *cùm esses* quatenus temperat rigorem juris civilis, est strictè intelligendum, nec à legibus civilibus est recedendum, nisi quatenus contrarium in canonibus reperitur expressè dispositum. c. 1. *de operis no. nunt.* & diximus in *tr. de legib. to. praeced.* Quid autem de Testamento ad causas pias dicendum sit, patebit ex seqq.

85. Tertia difficultas est. An utrumque capitulum tam decimum (quod incipit *cùm esses*) quàm undecimum (quod incipit *Relatum*) procedat solùm de Testamentis ad causas pias. Affirmat glossa, Fulgos. & quidam alii. Verùm contraria sententia communissima, à qua, teste Julio Claro q. 57. temerarium esset in judicando recedere, negat, & vult quòd c. *cùm esses* procedat de Testamentis ad causas profanas. Probatur manifestè. Si tantùm procederet de causis piis, non deberet requirere praesentiam & Testimonium Parochi cum duobus testibus: nam hoc testimonium non requirit cap. *Relatum*; ergo vel illud per hoc, vel hoc per illud esset corrigendum, quo nihil potest esse absurdius, cùm sint ejusdem Pontificis, & sibi invicem immediatè succedant.

86. Quarta difficultas est, quousque se extendat cap. *cùm esses*, ut sufficiant duo testes idonei cum Parocho. Prima sententia est, hoc capitulo generaliter derogari Iuri Caesareo quoad numerum septem testium, ità ut in toto Imperio sufficiant duo testes cum Parocho, quamvis non derogetur, quòd sufficiant septem testes sine Parocho. Ità non pauci antiqui, inter quos Abb. Panormit. Et adstipulatur Fagnanus.

Secunda sententia docet, quòd cap. *cùm esses* procedat quidem & se extendat pro toto Imperio in foro Ecclesiastico, in foro autem Civili non obtineat nisi in terris dominio Ecclesiae subjectis. Hanc tenent valde multi apud Fagnanum à *n.* 46. cui subscribit Julius Clarus q. 57. sic concludens. [Ex his omnibus collige conclusionem, quòd dispositio *d. c. cum esses* est observanda in foro Ecclesiastico ubique: & in terris Ecclesiae in utroque foro. Et haec est communis sententia à qua non recedas in practica; quia quantùm ego vidi, apud omnes ità servatur sine controversia.] Ità Clarus. Unde non audeo approbare, quod Arnold. Rath. *ib.* 34. dicit, eorum opinionem esse indubitatè recipiendam, qui Testamenta Clericorũ in terris Imperii facta, non subsistere desendunt, nisi solemnibus Iure Civili praescriptis fuerint roborata. Non est inquam, haec sententia indubitata, sed solùm probabilior, cùm teste Immolà aliisque apud Clarum, contrarium in praxi passim observetur. Ob hujus tamen praeclarissimi JC. Auctoritatem credo in nostris partibus observari Ius Civile etiam in Testamentis Clericorum.

87. Tertia itaque & jam inter RR. recepta sententia est, quòd dictum cap. solùm obtineat & observandum sit in terris Ecclesiae, tam in foro Ecclesiastico, quàm Civili. Hanc sententiam tenet Covarruvias *in d. c. n.* 12. referens plures alios. Ex Theologis eam tenet P. Molina. *d.* 133. *n.* 4. *&* *n.* 8. Card. de Lugo. *d.* 24. *n.* 20.

Et haec sententia videtur mihi esse ex mente Pontificis in illo cap. Ratio Conclusionis est, quia illud capitulum est scriptum Episcopo Hostiensi, qui locus est subjectus Ecclesiae, etiam quoad Iurisdictionem temporalem. Cùm ergo Pontifex non extenderit claris verbis ad totum Imperium, non debet dici voluisse leges civiles abrogare. Nam sicut Ecclesiastici tenentur se conformare aliis legibus Reipublicae, in cujus territorio vivunt, quoad Contractus, & caetera ad politicum illius loci statum pertinentia, ità meritò idem in condendis Testamentis dicendum est.

88. Posset sententia, meo judicio confirmari ex eo, quòd in d. cap. Pontifex dicat, propositam sibi esse in illo Episcopatu *consuetudinem* testandi secundùm leges civiles. Ex quibus verbis colligi videtur, quòd talis consuetudo fuerit introducta contra observantiam praecedentem, quà sufficiebant duo testes cum Parocho. Nam Ius Civile non est consuetudo: dum ergo hanc consuetudinẽ Pontifex improbat, non improbat leges civiles, sed consuetudinem, quae voluit in illo loco reducere observantiam legum civilium contra observantiam praecedentem. Pontifex autem vult restituere priorem observanciam de duobus testibus cum Parocho: quae observantia sicut nunquam fuit in Imperio, ità nec Pontifex voluit eam extendere ad Imperium.

89. Objiciunt Adversarii 1. Pontifex reprobat legum Civilium rigorem tanquã contrarium juri divino: ergo versamur in tali materia in qua agitur de vitando peccato: ergo leges Pontificiae derogant legibus Civilibus. ℞. Negando antecedens. Pontifex improbat consuetudinem observantiae legum ex eo, quòd non sit necesse illum rigorem reducere, cùm sufficiat observantia Iuris divini. Quin imò dum Pontifex requirit praesentiam Parochi, quid aliud facit, quàm quòd requirat plus quàm requirat

Ius

Ius divinum, hoc enim etiam in testamentis ad causas pias observandum est, & tamen in hoc non requirit Pontifex præsentiam Parochi. Simili modo requirit præsentiam Parochi in Matrimonio: & in quibusdam causis criminalibus sæpè major numerus testium requiritur.

90. Objicit Fagnanus 2. In testamento Cæci, in quo major viget suspicio falsitatis, & ideo major solennitas à Iure civili exigitur, sufficiunt duo testes cum Parocho, etiam in terris Imperii, & in foro civili, ut (inquit) probabitur à n. 113. per rationes invincibiles. Ergo à fortiori idem erit observandum in Testamentis aliorum. ℞. Fagnanum nihil probare, sed niti falso fundamento jam rejecto, quòd leges civiles sint contra Ius divinum, contra Statuta Patrum, quòd qui impugnat testamentum ob defectum septem testium, peccet mortaliter, quæ omnia sunt falsa, & ab ipso Fagnano solvenda, dum requirit præsentiam Parochi, quam retorsionem non debuisset tam alto silentio præterire, utpote quam non poterat ignorare, si quidem Theologos legit. Cæterùm de testamento Cæci erit alibi dicendi locus.

91. Superest breviter dicendum ad illud quod movet Julius Clarus *l. 1. n. 3.* an præsentia Parochi possit suppleri per duos alios testes. Fatetur affirmativam in puncto Iuris habere difficultatem, (& meritò, requiritur enim tanquam solennitas substantialis) tamen propter auctoritatem DD. illam tenentium credit, quòd in praxi tica ob tineret. Ego tamen magìs assentior Philippo Corneo *Cons. 77. in litt. D. lib. 5. & Cons. 137. in litt. C. lib. 2.* qui dicit communem opinionem esse, quòd in ultimis voluntatibus in quibus non intervenit Presbyter proprius testatoris, remaneat Ius Civile immutatum, & quòd ità observetur in praxi. Non urget fundamentum contrariæ sententiæ, quia nimium probat: probaret enim, quòd etiam in Matrimonio posset suppleri præsentia Parochi per alios duos testes, si universim verum esset, quòd semper plus creditur duobus testibus, quàm uni, quantæcunque dignitatis sit. Hactenus per digressionem de testamentis secundùm Ius Canonicum ordinandis. Redeamus nunc ad testamenta ad pias causas. De quibus

92. Controversia gravis est, an duo testes requisiti in cap. *Relatum*, exigantur tanquam de forma substantiali, an verò solùm probationis causâ. Requiri ad formam fuit olim communior opinio teste Julio Claro *q. 7.* & Ferd. Vasq. *l. 3. §. 22. n. 1.* quorum prior ait, se quidem in judicando non ausurum ab hac opinione recedere, sed tamen nec sibi nec amico se suasurum esse, ut eam practicaret, hoc est, ut retineret tanquam hæres ab intestato, id quod Ecclesiæ sic minùs solenniter relictum esset, v. g. per schedam sine testibus. Eandem sententiam per majora secuta est facultas Juridica Ingolstadiana teste Arnoldo Rath: quamvis olim nomine ejusdem Facultatis contrarium responderit Nicolaus Everhardus, cujus responsum approbabo infrà n. 98.

93. Negativa tamen est hodie apud Theologos recepta, ut non inveniam aliquem celebrem contrarium asserentem. Ex Juristis eam expresse tenet Ferd. Vasq. §. 22. *alios plures referens*, & Covarruvias in *C. Relatum, n. 12. in fine*, cujus auctoritatem ideo magni facio, quòd cæteroquin sit fortis propugnator solennitatum substantialium. Zasius *Consil. 6. n. 25. vol. 1.* Augustinus Barbosa *Juris Eccles. lib. 3. c. 27. n. 68.* plures allegans. Eandem tenet egregius Canonista Riccius *p. 2. Resol. 61.* item Hunnius *vol. 2. in Trectl. d. 10. th. 6. q. 42.* ac novissimè Prosper Fagnanus *in c. Relatum. n. 8.* Accedit quòd defacto secundùm hanc in Rota Romana judicatum sit, ut habetur *Decision. p. 2. decis. 74. n. 12.* Omnibus ergo consideratis major est auctoritas & sanior pro hac sententia.

94. DICO insuper, etiam rigore juris inspecto probabilius est, *in C. Relatum* requiri testes solùm probationis causâ, ità ut etiam illis deficientibus, si constaret de voluntate testatoris ad pias causas, adhuc valeret testamentum. Probari solet ex ultimis verbis capituli, dum rationem reddit Pontifex: *quia in ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* quasi diceret, non plus esse requirendum, quàm quod & quatenus requiritur jure gentium, hoc autem jure non requiruntur, nisi probationis causâ, sicut requiruntur in aliis contractibus, in quibus ratio Pontificis etiam locum habet.

95. Respondebunt adversarii, hæc eadem verba inveniri in cap. *Cùm esses.* & tamen ex communissima DD, ibi duo testes requiruntur ad solennitatem. Præterea in cap. *Relatum.* ipse Pontifex indicat esse requirendos duos testes *secundum Decretorum statuta.* atqui Decretorum statuta requirunt testes ad formam: ergo idem requirer cap. *Relatum.*

Sed contra est 1. Si requirerentur duo testes secundùm cap. *Cùm esses.* tunc etiam in Testamento ad pias causas requireretur præsentia Parochi: sed hæc non requiritur, ut fatentur adversarii: ergo per *Decretorum Statuta* non alludit Pontifex ad cap. *Cùm esses.* nam cap. *Cùm esses.* est ejusdem Pontificia. Sed alludit, ut notat glossa, ad *Can. 1. ca. 1. placuit. q. 5. & c. 1. dist. 48.* qui est antiquissimus, nempe Concilii Nicæni. In priore habetur. [Ut si quis aliquem Clericorum in accusatione fornicationis impetit, secundùm præceptum Pauli Apostoli, duo vel tria testimonia requirantur ab illo.] In secundo sic. [Si verò præcedente tempore aliquod mortale peccatum admiserit, & convictus duobus, vel tribus testibus fuerit, cesset à Clero.]

96. Contra 2. Quia ipsi adversarii fatentur, in testamento ad causam piam non requiri testes rogatos, aut masculos, qui tamen requiruntur ad alia testamenta in cap. *Cùm esses,* ergo

ergo fatentur, in cap. *Relatum* fieri exceptionem à generali constitutione cap. *Cùm esses.*

Confirmatur. Nam in cap. *Relatum* quod directum est ad Iudices Velletrenses, reprehendit illos Pontifex, quòd exigant in testamento ad causas pias quinque testes, & deinde mandat, ut *in tali causa, &c.* nempe quando aliquid relinquitur Ecclesiæ, non judicent secundùm leges civiles, sed secundùm antiquissimos Canones: quasi dicere vellet, in aliis causis illos non malè facturos exigendo septem vel quinque testes: ergo videtur voluisse causam piam eximere à solennitatibus civilibus, & reducere ad jus gentium, alioquin cur non & Parochum requisivit? Ratio autem congruentiæ est optima, quia in testamentis ad causas pias non urget finis legum inducentium solennitates; non enim est tam frequens periculum fraudum, ut per se patet.

97. Instabit adhuc aliquis. Si sufficit quæcunque alia probatio, v.g. confessio partis litigantia, vel scriptura testatoris, cur ergo Pontifex jubet requiri duos testes? Respondeo, quia in casu proposito deerant aliæ probationes. Cæterùm non requiri semper determinatè testes, colligitur ex cap. *Judicante. de Testam.* ubi ad solius mariti confessionem, quòd uxor Monasterio scutellam auream reliquerit nudis verbis, jubet voluntatem mulieris per omnia adimpleri.

Confirmatur assertio iterum. Causa pia non est minùs, imò magìs favorabilis, quàm causa liberorum: atqui sustinetur testamentum imperfectum inter liberos, si vel schedula repetiatur scripta, vel subscripta manu propriâ testatoris, continens ejus ultimam voluntatem. Auth. *quòd sine. C. de Testam.* ut alibi retulimus. ergo idem favor rectè causis piis indulgetur. & hac paritate utitur etiam Fagnanus.

98. Aliud dicendum videri posset, quando testator scripsisset quidem schedam ad causas pias, sed ipse declarâsset, se velle hanc schedam exhibere Notario aut testibus firmandam, sicque declarâsset suam voluntatem necdum esse completam, talem enim schedam ne quidem ad causas pias sustineri docet Covarruvias in cap. *Relatum.* 1. *n.* 9. citans pro eadem plurimos: non ex defectu solennitatis, sed ex defectu voluntatis. Ego tamen, ut verum fatear, non video sufficiens discrimen inter hunc casum, & illum alium, quo quis intendit testari in scriptis, & omittit aliquam solennitatem, ponens tamen omnia requisita ad Nuncupativum; talem dispositionem sustineri in vim Nuncupativi suprà diximus ex communi. Sicut ergo in hoc casu sustinetur, licèt voluntas non fuerit ad finem perducta in ratione testantis in scriptis, quia est completa in ratione volentis testari nuncupativè, & hæc clausula subintelligitur, ità planè in præsenti casu videtur dicendum, voluntatem non esse quidem perfectã, & absolutam eo modo quo intendebatur, esse tamen perfectam in ratione voluntatis sufficientis ad causam piam instituendam, quia tacitè subintelligitur, ut scheda valeat, quantùm valere potest etiam absque testibus. Non enim repugnat voluntatem esse perfectam in una ratione, & non esse perfectam in alia ratione, ut patet in exemplo allato.

Unde magìs placet Resolutio Nicolai Everhardi *vol.* 1. *cons.* 27. *n.* 5. nomine Facultatis Juridicæ Ingolst. scripta: quidquid sit, quòd eadem Facultas postmodum in simili causa aliter per majora judicaverit.

Et hactenus quidem de Exceptione testamenti ad causas pias, & in Territorio Ecclesiæ, à Regula communi de septem testibus, dictum satis.

99. Sunt prætetea etiam alia testamenta excepta, quæ dicuntur imperfecta, & privilegiata. Et imprimis tale est testamentum coram Principe factum, (de quo jam superiùs dictum.) & quod apud acta conditum est, ex *L. omnium* 19. *C. h. t.* Secundò tale etiam est secundùm aliquos (quos tamen infrà rejiciemus) testamentum factum eo tempore, quo pestis incruduisset. *l.* 8. *C. h. t.* [Causa majoris, ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, licèt aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.] Sed de hoc dicetur infrà.

Tertium est testamentum militis occupati in expeditione, ubi duo testes sufficiunt. *l.* 1. *& 24. ff. de Test. milit.* ibi. *convocatis ad hoc hominibus.* Extenditur etiam ad non milites, modò tamen in solo hostili versentur, & ad causam expeditionis pertineant. *L. fin. ff. de Test. milit. l. 21. eod. l. 1. ff. de bonor. poss. ex testam. milit.*

Quartum est Testamentum ruri factum, ubi hominum penuria sit. tunc sufficiunt quinque testes. *L. f. C. h. t.* quam sup. retuli.

Quintum est Testamentum inter Liberos. de quo etiam infrà pluribus agetur.

100. Circa numerum testium quæsitum est, utrum Notarius, si adhibeatur, possit numerum testium complere. Quidquid sit de Iure Digestorum, aut Codicis, Maximilianus Imperator *in Const. de Notariis* 1512. *Colon.* constituit, posse Notarium inter testes numerari. Econtra in Iure Bavarico *t.* 34. *a.* 1. contrarium habetur.

Dubitatum etiam est, an sufficiant quinque testes, quando totum testamentum testator propriâ manu scripsit. Nicolaus Vigelius, *Meth. J. C. lib. 9. v. 7. excep.* 4. affirmat, sed, præter ipsum, nemo quod sciam. fundat se in *l. 28. §. f. C. de Testam.* ubi dicitur. *& sic Testamentum*

mentum validum, & Codicillus, si quinque testium litteræ testatoris scripturæ coadunentur, in sua firmitate remaneant. Verùm, si totus contextus legatur, apparet, quòd numerus quinarius ad solos Codicillos sit referendus, & quòd hoc solùm circa tale Testamentum propriâ manu scriptum ordinaverit Imperator, ut non habeat opus subscriptione testatoris.

101. Alius casus est, in quo quinque testes sufficiunt, nempe in Testamento revocatorio prioris testamenti, in quo extranei hæredes instituti sunt, si in posteriore instituantur illi, qui alioquin ab intestato succederent. *l.* 21. *§. pen. C. h. t.* ibi. [Nisi fortè in Priore Testamento scriptis iis qui ab intestato ad testatoris hæreditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hæreditatem vocantur, &c. In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt.] Cæterùm in eodem loco Imperator sancit, ut talis voluntas non ut Testamentum, sed ut ultima voluntas intestati valeat. Vnde puto, hos testes non requiri ad formam & substantiam, sed præcisè ad probationem.

102. Quæ hactenus diximus, in Imperio observanda sunt, ubi consuetudo, aut statutum contrarium non habetur, prout in plurimis habetur. Sanè in ipsa Austria sufficiunt duo testes, ut tradit Layman. *n.* 18. *c.* 2. Meritò tamen Casparus Manzius *tit.* 4. *n.* 68. improbat id quod Ant. Perez. *n.* 20. dixit, quòd ab ista solenni observatione ferè ubique gentium sit recessum, ità ut sufficiat coram Notario, vel ejus loco coram Parocho in præsentia duorum triumve testium Testamentum condi. Nam in superiori Germania contrarium obtinet.

Quid de testamento peregrini dicendum sit, si Testamentum faciat in loco ubi specialis est modus testandi, & quòd se possit illi loco accommodare, quódque statuta etiam ad non subditos hoc sensu se extendant, dictum est in tr. de legibus.

103. Illud adhuc addendum, quòd si plura Testamenta, v. g. conjugum, in eadem charta scripta, & ab ambobus subscripta sint, pro ambobus sufficiant septem testes, quia hæc solennitas afficit indivisibiliter utrumque testamentum, & unicuique attribuitur. Et ità sentit Ant. Gomez. *c.* 11. *n.* 16. *v. tertiò confirmatur.* 10. 2. *var. res.*

CONTROVERSIA III.

Quomodo Testes debeant esse rogati.

SVMMARIVM.

An vocatio testium debeat esse causa conveniendi. 104.
An Rogitus sit necessarius de Jure Canonico ad causas profanas. 105. 106.
Explicatur lex fin. C. de Codicillis. 107.
An testes debeant rogari immediatè ab ipso testatore. 108.

104. Juristæ antiquiores vocant *Rogitum* de quo Quæritur. 1. An testes debeant ità rogari & vocari ad præstandum testimonium, ut hæc vocatio fuerit causa conveniendi. Ad hoc respondetur ex communi sententia negativè: sufficit enim, quòd, etiamsi fortè ex alia causa, v. g. quia visitârunt amicum, vel aliquod contractum celebrare cogitârunt, convenerint, quòd inquam specialiter moneantur, & ab illis petatur, ut velint testes esse in Testamento. Unde testes rogati aliud non est, quàm eos vel convocari, vel alioquin præsentes admoneri, quòd testimonii dicendi causâ adhibeantur. *l.* 21. *§. pen. ff. h. t.* ibi. [Quod sic accipiendum est, ut licèt ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad Testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum rectè perhibere.] Hinc Constitutiones Bavaricæ statuunt, nihil obstare, quòd testes sint fortuitò præsentes, dummodo deinde ad testimonium Testamenti causâ dicendum admoneantur. *a.* 1.

105. QUÆRITUR 2. An hic Rogitus sit etiam necessarius de Jure Canonico saltem in Testamento ad causas profanas. ℞. Affirmativè, ex communi DD. sententia, quos refert & sequitur Ferd. Vasq. *lib.* 2. §. 13. *Requis.* 8. *n.* 56. Et hoc ex eo fundamento, quòd quoad hoc Ius Canonicum non contradicat Iuri Civili. Et in facti contingentia ità judicavit Barbatius *vol.* 1. *Cons.* 32. non valere Testamentum, cùm testes non deponerent se fuisse rogatos. Et ità etiam fertur Innocentius IV. pronuntiâsse in Consistorio, ut refert Baldus.

106. Aliqui apud Ferd. Vasq. volunt hoc probare ex cap. *Relatum.* ubi habetur *Requisitis*, sed non rectè. Cùm enim in hoc cap. agatur de Testamento ad pias causas, & in hoc non sit necesse testes esse rogatos, quia hoc non est necesse de jure gentium, nec solennitates sunt substantiales ideo ex hoc cap. non potest fieri firmum argumentum. Neque refert, quòd dicatur: *duobus testibus requisitis.* hæc enim verba ad Iudices diriguntur, & illis mandatur, ut duos testes requirant à litigante, qui deponant, defunctum insti-

institruisse causam piam. Sanè si Pontifex voluisset loqui de rogitu, id multò magis in c. *cùm esses* posuisset.

107. Contra hanc certam & receptã doctrinam, quòd nempe non sit necesse, eos ad hos specialiter convocari, sed sufficere, priùs (etsi aliunde præsentes) moneri, objici potest ex lege *fin. C. de Codicill.* ubi hoc specialiter indulgetur, ut etiam non rogati testes adhiberi possint. Atqui secundùm datam explicationem videntur semper esse sufficienter rogati, nec posse aliter fieri: cùm enim Codicillum subscribere debeant, quomodo hoc fieri poterit, nisi rogentur, hoc est admoneantur, ut sint testes? quis enim potest præsumi ultrò se ingessisse? Ad hoc non aliter responderi posse putat Arn. Rath *th. 39.* quàm quòd hac ratione possit defendi Codicillus, quem aliquis testium defuncto ignorante, & à nemine rogatus subscripserit. Existimo tamen, si verba legis legantur, non habere difficultatem, sic enim habet. §. 3. [In omni autem ultimâ voluntate, excepto Testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuitò venerint, in uno eodẽmque tempore debent adhiberi, sive in scriptis NB. sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.] Ecce! est sermo etiam de illis ultimis voluntatibus, quæ sine scriptis conficiuntur, & non sunt Testamentum, & in his utique potest quis testis assistere, etiamsi nullo modo sit monitus, quòd pro teste adhibeatur, sicut in aliis contractibus, & testamentis ad causas pias.

108. QUÆRITUR 3. An testes debeant rogari immediatè ab ipso testatore, vel sufficiat eos rogari per alium, cui hoc à testatore mandatum est, imò an sufficiat rogari ab aliquo alio, nomine quidem testatoris, sed absque mandato, eo tamen sciente & consentiente. ℞. Affirmativè, ut tradunt Grassus *q. 58.* & J. Clarus *eàd. n. 5.* ac plures apud hos. & ità tenendum est propter communem consensum DD. nam reverà textus clarus non exstat. citatur *Auth. Rogati. C. de testibus.* Sed hæc plus non dicit quàm. *Rogati ut in Testamentis, non fortuiti vel transeuntes veniant. Idem est si post solutionem rogati intersint confessioni, &c.* Sed nihil dicitur, quòd sufficiat ab aliquo sine jussu testatoris esse rogatos. Hoc ergo ex eo solùm probari poterit, quòd Iura plus non requirant, quàm, ut sint rogati, quod verificatur, quando consentiente & sciente testatore ab alio rogantur.

CONTROVERSIA IV.

Qualis Testium præsentia requiratur.

SUMMARIUM.

Accuratior præsentia requiritur, quàm ad alios contractus. 109.

Casus sagacis mulieris ex Julio Claro. 110.

Necesse est, ut faciem agnoscant, excepto pestis tempore. 111.

An tempore pestis sufficiant 5. testes sicut tempore belli. 112.

109. Accuratior requiritur præsentia testium in confectione testamenti, quàm in aliis actibus inter vivos: nam si v. g. creditor exploraturus à debitore confessionem debiti, absconderet testes retro cortinam, ubi quidem non videre, sed benè audire possent debitorem, testimonium valeret, si testarentur, se optimè nôsse vocem debitoris. In nostro verò casu non valeret, quia non solùm audire, sed etiam videre debent testatorem. *L. 9. C. h. t. Si non speciali privilegio patriæ tuæ Juris observatio relaxata est, & testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo Iure Testamentum valet.*

110. Et quidem non sufficeret videre quomodocunque in lecto jacentem & audire loquentem: nam sic non esset adhuc satis cautum fraudibus, quæ intervenire possent, & in facti contingentia intervenisse narrat Julius Clarus *q. 59. lit. B.* [Nostris, inquit, temporibus quædam mulier sagax maritum statim postquam exspiraverat, è lecto extrahi fecit, & alium pro eo supposuit, qui fenestris thalami ferè in totum clausis, & capite pannis involuto, simulans se propter infirmitatem vix loqui posse, condidit Testamentum, in quo uxorem instituit hæredem, & aliis personis diversis legata reliquit: & omnes testes credebant ipsum esse verè ejus maritum, qui quasi in extremis laboraret: fuit deinde quasi divino miraculo res omnis detecta, & nisi mulier ipsa unà cum Notario, qui solus erat particeps fraudis, fugâ sibi consuluisset, credo, quòd non evasisset pœnam ultimi supplicii.]

Necesse est itaque, ut ità videant, ut etiam agnoscant, & faciei lineamenta discernant: &, si fortè personam priùs non noverint, possint tamen faciem describere aliis qui eum noverunt.

111. Excipitur tamen tempus sævissimæ pestis, per legem 8. jam sup. recitatam, tunc enim etsi adhuc septem testes requirantur, propter periculum tamen contagionis, & quis alioquin difficulter invenirentur qui testes esse vellent, remittitur præsentiæ ocularis rigor, & sufficit, si testatorem audiant loquentem, & vocem utcumque agnoscant.

Unde

Unde etiam ait Perez *n. 9.* non esse necesse, ut uno eodémque tempore conveniant, sed sufficiet, si successivè perceperint testatoris voluntatem, quod tradiderat etiam priùs Fachineus *l. 5. c. 92.* & textus est satis clarus. *Testes enim hujusmodi morbo oppressos, eo* (id est, eodem) *tempore jungi aut sociari remissum est, non etiam convenienti* (legendum videtur: convenientis) *numeri eorum observatio sublata est.* Unde infero, quòd hæc solennitas tempore pestis non sit universim remissa, sed solùm pro testamento eorum qui peste infecti testantur. Et casu quo convalescerent, credo, quòd deberent novum testamentum condere.

112. Non obstante tam claro textu, nihilominus, teste Fachineo, magna fuit olim & hodiéque est controversia, utrum sufficiant quinque testes, ut videre est apud Julium Clarum *q. 56.* Affirmantibus videtur accedere Gilkenius. quorum argumentum est breviter solvendum.

Arguunt à paritate Testamenti tempore belli facti, bellum enim & pestis comparantur. *R.* In hoc non comparati, ut patet ex legibus. Quamvis, ut verum fatear, non obesset etiam in hoc comparari, cùm difficiliùs haberi possint testes tempore pestis, quàm belli. Eadem responsio est ad paritatem quam faciunt ex Testamento rusticorum. Disputat Harpprecht, & alii, utrum ad Testamentum noctu conficiendum debeant accendi tria lumina, sicut requiritur ad inspiciendum ventrem. *L. 1. ff. de inspiciendo.* Sed rectè negatur, quia nullo jure requiritur ad Testamentum. nec debet lex illa extendi ad casum alium.

CONTROVERSIA V.

Quo rigore debeat tota Solennitas uno contextu peragi.

SUMMARIUM.

Compositio testamenti potest præcedere alias solennitates. 113.
An corruat Testamentum, si alius contractus interveniat. 114. 115.
An Donatio mortis causâ fieri possit inter testandum. 116.

113. Certum imprimis est, loquendo de Testamento scripto, non esse necesse, ut ipsius Testamenti compositio fiat tunc quando cæteræ solennitates adhibentur. Potest enim quocunque vitæ tempore conscribi, & scriptio interrumpi toties quoties libuerit. Incipiet ergo negotium ab exhibitione Scripturæ. Inde verò in cæteris solennitatibus perficiendis continuò procedendum est, donec totum absolvatur, & testes toto tempore præsentes esse debent, nec ad alium locum discedere, ne unus quidem, nec alios actus ad ultimas voluntates non pertinentes debet aut testator, aut testes interponere. *L. hac consultissimâ.* ibi. [Licèt alio tempore dictatum scriptumve proferatur Testamentum, sufficiet uno tempore, eodémque die nullo actu extraneo interveniente testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere, subsignaréque Testamentum.] In lege autem *Antiquitas*, sup. tecitata, pulcbrè declaratur, hoc esse moraliter intelligendum, & nihil obstare interventum aliquorum actuum, qui planè irrationabiliter excluderentur, quales sunt qui fiunt ex necessitate naturæ, subministratione victûs aut medicinæ. Neque hujus continuationis alia ratio reddi posse videtur, quàm quòd gravitas negotii exigat seriam, fortem & constantem animi applicationem, & fortè etiam ut præcidantur occasiones fraudibus, quibus posset de industria actus disturbari, si alia negotia possent intermisceri, v. g. ab illis qui ab intestato essent successuri.

114. Controversum est, an si contractus aliquis interveniat, Testamentum corruat. Negativam tuentur plures relati ab Harpprecht in 3. & 4. §. *h. t. n. 5.* inter quos tamen immeritò refert Julium Clarum *q. 75.* nàm hic auctor se aliósque DD. declarat, quòd loquantur de conventionibus & contractibus non penitùs extraneis ab ipso Testamento. Si autem essent penitùs extranei, non possent in Testamento celebrari. Ità Julius Clarus, & est vera sententia ut dicemus. Eodem modo loquitur Duarenus ab eodem allegatus, quasi sine discrimine admitteret posse intervenire quemvis contractum, quasi sit res modica & brevis. Duarenus in Rub. de nuncupativo Testamento sic loquitur *circa medium.* [Quæstio hîc tractatur, si contractus aliquis initus fuerit in testamento, an is vitiet testamentum, an verò nihilominus valeat. Quæstio dependet ex eo, an actus sit alienus, an verò sit pertinens ad testamentum. nam propter alienum actum intermixtum vitiatur testamentum, non item si sit actus pertinens ad testamentum.] Ità ille. Æquè perperam citat Ferd. Vasquium *lib. 3. §. 23. n. 4.* nam quamvis à principio videatur ità sentire, postea tamen se declarat his verbis. [Sed Aretinus post Ang. & Imolam aliter & rectiùs distinguit, scilicet, referre, utrum contractus interpositus pertineat ad testamenta, & tunc testamentum non vitiatur.] Eodem prorsus modo se declarat ab eodem citatus Michael Graffus *q. 6. n. 2. in f.* [Dummodo tamen aliquo modo ad id quod in testamento agitur pertineat, aliàs si extranei essent, secùs esset.] Hoc ipsum & non aliud in terminis docet ab eodem Harpp. perperam citatus Gilkenius in *L. Cùm antiquitas.* postquam enim extremas sententias retulisset, protestatur se mediam viam ingredi, ut scilicet ità demum contractus non vitiet testamentum, si conjunctus sit cum

 actu

actu testandi; velut si quis partem rei suæ leget, partem autem legatario præsenti certo pretio addicat.

115. Cùm his igitur, & plurimis aliis DD. dicendum est, illis solùm contractibus vitiari testamentum, qui penitùs extranei sunt, v. g. si quis inter testandum ad negotium inter vivos digressus, ædes suas alteri venderet, aut locaret. Ratio est. Quia actus aliquo modo pertinens ad testamenti perfectionem, non est actus simpliciter extraneus & alienus, esto versetur partialiter circa aliquid, quo omisso adhuc perficeretur testamentum, quamvis non ità plenè ex voto testatoris, & ad quietem illius. Hinc redditur ulterior ratio, quare per talem contractum non interrumpatur testamenti factio: quia nempe procedit ex illa ipsa voluntate faciendi & absolvendi hîc & nunc testamentum. Sicut voluntas emendi gladium, & ipsa emptio, non interrumpit voluntatem occidendi hostem.

116. Hinc rectè infert Arnoldus Rath th. 81. Donationem mortis causâ fieri posse inter testandum: item posse intercedere contractum ex aditione hæreditatis, ex gr. si quis à Titio in tribus unciis institutus, eas postmodum jacente adhuc hæreditate Semptonio Titulo universali relinquat; ijsdem proinde verbis Sempronium sibi hæredem in ea parte scriptutus, & simul aditurus hæreditatem quoad portionem sibi relictam. Similiter testator rectè cum hærede inter testandum paciscitur, ut fide datâ ad fideicomissum alicui præstandum sese obstringat.

His observatis fulta sunt omnia argumenta quæ pro contraria parte refert Gilkenius n. 6. quia evidenter procedunt de contractibus penitùs extraneis, & (ut Philosophi loquuntur) disparatis. Unde supervacaneum esset verbulum addere.

CONTROVERSIA VI.

Quomodo Subscriptio & Signatio facienda.

SUMMARIUM.

117. Postquam Testator testamentum scriptum testibus per se, vel per alium (ut suprà dictum) exhibuit, dixitque, in illo scripto contineri suam ultimam voluntatem, & testamentum, tunc necesse est, ut testes subscribant. Et quidem de Iure communi omnes, & singuli suâ propriâ manu subscribere debent: nec sufficeret signâsse, aut econtra. l. 22. §. 4. ff. h. t. *Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, veruntamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset, & si, (ut multi faciunt) adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus.* & L. pen. eod. *Singulos testes qui in Testamento adhibentur, proprio Chirographo adnotare convenit, quis & cujus Testamentum signaverit.*

Ex quibus patet, quòd non sufficeret, si testium aliquis nomine testatoris non expresso subscriberet, imò etiamsi adderet se subscribere testamentum illius quod alii subscripserunt.

118. Dixi: de Iure communi. de Iure Bavarico satis est, nomen testatoris à duobus testibus exprimi, & ad eos reliquos se referre. *a.* 4. Formula subscribendi potest esse hujusmodi. [Ego Titius ad hoc rogatus, & præsens unà cum cæteris hîc adscriptis testibus testor, me audivisse ea quæ in hac scriptura continentur, esse testamentum, vel ultimam voluntatem Sempronii, in cujus rei fidem me subscripsi, & sigillum proprium apposui.]

QUÆRES, an sicut loco testatoris potest subscribere Notarius, vel octavus testis, ità etiam loco alicujus testis possit subscribere Notarius. ℞. Negativè, sed alius testis quærendus est. Testatoris autem loco non potest alius substitui nisi vel Notarius, vel testis.

119. Formula, quâ testator subscribat suum testamentum (casu quo non scripsit ipse totum, & hoc expressit) traditur talis. Ego Titius fateor præsentem scripturam clausam continere meam ultimam voluntatem, quàm infrà scriptis testibus omnibus simul præsentibus, & ad hoc vocatis atque rogatis obtuli, secundùm juris ordinem signandam & subscribendam, proinde omnia & singula in ea contenta propria manûs subscriptione confirmo.

120. Formula subscriptionis Notarii, aut octavi testis loco testatoris, potest esse hæc. Ego Titius de Mandato Sempronii scribere ignari (*vel morbo impediti*) hoc ejus testamentum clausum, & ligatum (quod infrà scriptis testibus rogatis, & simul præsentibus obtulit, asseverans in eo contineri suam ultimam voluntatem) vice & nomine illius propriâ meâ manu subscripsi.

Jure Bavarico, potest quidem unus loco alterius testis subscribere faciendo bujus subscriptionis mentionem, necesse tamen est, ut major pars testium sua nomina scribat: esto, præter duos, reliqui sese ad illos duos referre possint, ut dictum.

121. Præter subscriptionem necesse est, ut signacula tabulis apponant, non est tamen ne-

esse

cesse, ut singuli propriis sigillis utantur, sed potest testis uti sigillo ipsius testatoris, vel alterius contestis, imò etiam alicujus tertii non adhibiti in testem: nec de Iure communi (secùs de Iure Bavarico) necesse est, quidquid dicat Mascardus, ut qui alieno annulo signavit, in subscriptione profiteatur, se alieno non suo annulo signâsse. Consultum tamen est, ut fiat, quamvis nullo Iuris textu requiratur. Cætera constant ex Iuribus antè adductis.

122. Et quamvis Jure Digestorum *l. 22. §. 5. ff. h. t.* requiratur ut annulo fieret signatio (quamvis aliqui putent textum esse mendosum, & omissam particulam *Non*) Constitutione tamen Maximiliani I. citatâ & jure Bavarico, quomodocunque sigillum confectum sit, nihil interest. Jure tamen Bavarico major pars testium debet proprio sigillo obsignare. Imò hoc ipso Iure alia adhuc scrupulosa solennitas requiritur, nempe ut sigillum non solùm habeat insignia in scuto, seu clypeo expressa, sed etiam contineat cassidem: ob cujus solius defectum Facultas Ingolstadiensis Juridica, approbante Consilio Electorali, testamentum aliquod in facti contingentia improbavit.

Quòd possint testes alieno annulo signare, habetur §. 5. *J. h. t. Possunt autem & omnes testes uno annulo signare testamentum. Sed & alieno annulo licet signare.* & bonam rationem reddit Julius Pacius *in eund.* §. Quia signa apponuntur testamento, ut maneat clausum, & arcanum, donec testibus signa à se impressa agnoscentibus aperiatur: possunt autem agnoscere non minùs si alieno, quàm si suo signârint.

CONTROVERSIA VII.

Quinam sint inhabiles ad dicendum testimonium in Testamento.

SUMMARIUM.

Justinianus Imperator §. *6. I. h. t.* comprehendit his verbis. [Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est, (*id est, sive activè sive passivè, nempe qui Testamenta facere, aut ipsi ex Testamento capere possunt*) sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum, neque quos leges jubent improbos intestabilésque esse, possunt in numerum testium adhiberi.]

Quibus verbis an contineatur adæquata regula patebit in progressu. Priora verba videri possent instar regulæ tradi, sed statim subjunguntur exceptiones. Nam cum muliere, v. g. potest esse testamenti factio, & tamen non potest esse testis.

123. Clatiùs universalem Regulam statuunt Juristæ ex illo fundamento, quòd Edictum de testibus sit Prohibitorium. Unde Regula hæc conficitur. Omnes illi possunt in testamento testes adhiberi, qui non prohibentur. Quare qui contra testem aliquem excipere vult, eúmque à testimonio dicendo repellere, debet probare, eum contineri in tali hominum classe, quæ aliquo juris textu prohibetur & arcetur à testimonio dicendo.

§. I.

De Muliere.

124. Sexum fœmineum à testimonio in testamento ferendo arceri, patet ex Iuribus allegatis. Et ex suprà disputatis id solùm procedit in testamento ad causas profanas, non verò ad causas pias, ob capitulum *Relatum.* Quamvis, ut ibid. dictum est, etiam Iure Canonico se-

 cundùm

cundùm cap. *Cùm esses*. in aliis testamentis illi soli testes idonei reputantur, qui jure civili tales sunt. Adeoque in terris Ecclesiæ Mulier quoque non esset idonea testis.

Quod de testamento ad pias causas dictum est, posse mulierem esse testem, eò quòd solùm ad probationem, non ad solennitatem adhibeatur, idem dicendum est de testamento militis, & inter liberos, ob eandem rationem. Aliud est in testamento rustici, & illius qui instituit hæredes ab intestato venientes, nam in his etsi pauciores, tamen ad solennitatem requiruntur.

125. QUÆRITUR 1. An mulier à ferendo testimonio etiam in Codicillis repellatur. Affirmant aliqui quos sequitur Bacchovius. Negativa tamen sententia & auctoritate & ratione prævalet, quia nullo juris textu à codicillis arcetur: imò tacitè admitti videtur in §. *ult. I. de Codicillis.* ibi. *Et nullam solennitatem ordinationis desiderant.* Unde licet subsumere: atqui mulier à testimonio in testamentis ferendo præcisè excluditur propter solennia, nempe quia veteres ad solennia, neque mulierem, neque servum admittebant: ergo tacitè admittuntur mulieres ad Codicillos & Donationem mortis causâ. Certè in *L. fin. §. f. C. de Codicill.* dicitur quidem, in Codicillis quinque testes requiri, sed nulla fit mentio Masculorum, nec exclusio fœminarum. De hoc iterum infr. tr. seq. de Codicillis.

126. Objicitur 1. In lege 8. *C. qui test. fac. poss.* expresse statuitur, ut eadem adhibeantur in Codicillis, quæ in testamento. Ergo par est ratio in testium idoneitate. ℞. In illa lege esse sermonem tam de testamento, quàm Codicillis cæcorum, & dicitur, quòd quæ in cæcorum testamento specialia requiruntur, eadem specialia requirantur in eorundem cæcorum Codicillis, nempe quòd ultra communem numerum testium adhuc unus, vel Notarius requiratur. Hinc tamen non licet producere argumentum ad alia testamenta eorúmque solennitates, alioquin repugnaret paragraphus ultimus Inst. citatus.

Objicitur 2. Prohibitio testamentorum etiam pertinet ad prohibitionem Codicillorum. Hoc est, quibus negatur facultas testandi, negatur etiam facultas Codicillandi. *L. 6. §. 3. l. 8. §. 2. de Iure Codicill.* & dicemus infrà. Ergo etiam cui negatur facultas testimonii ferendi in testamento, negatur etiam in Codicillo. ℞. Negando consequentiam, cui iterum resistit §. citatus: & ideo paritas non tenet.

QUÆRITUR 2. An Hermaphroditus arceatur. ℞. Si sexus fœmineus prævalet, omninò. Ità decretum est in Constitut. Imper. Colon. 1512. Sed etiam sepositâ hac Constit. idem dicendum esset de Iure communi, ut tradit Vasquius §. 12. *n.* 12. *Grassus q.* 57. *n.* 9. Et ratio est, quia talis habetur simpliciter pro fœmina.

127. Non immeritò tamen tradunt aliqui DD. posse fœminam esse testem, & adhiberi ad probandam veritatem testamenti, atque etiam solennitatum adhibitarum, v. g. quòd vidérit testes fuisse rogatos, nullum alium actum intervenisse: imò si ageretur de declaranda voluntate ambigua testatoris, vel quodnam ex duobus testamentis ultimo loco factum sit.

§. II.

De Impubere.

CUr impubes nunquam admittatur ad dicendum testimonium, mirum non est, quòd in testamento non admittatur.

128. QUÆRITUR tamen, utrum qui v. g. impubes adhibitus est ad ferendum testimoniú, v. g. ad subscribendum & sigillandum, si postmodum quando testamentum aperitur, aut executioni mandandum est, pubes factus est, possit suo testimonio confirmare testamentum. Ratio dubitandi est. Quia quamvis impubes nunquam admittatur ad testimonium coram judice dicendum, dum impubes est, si tamen pubes est, admittitur ad testimonium dicendum de eo quod in impubertate (pubertati tamen proximus) vidit. Ergo etiam pubes factus poterit confirmare id quod circa testimonium egit. Negandum tamen simpliciter est, ob regulam. 29. de R. J. quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit. Tum quia in nostro casu reverà adhuc impubes jam fungeretur officio testis, dum scilicet adhiberetur ut testis de præsenti, & non ut testis pro tempore futuro.

§. III.

De Servo.

CUR servus non admittatur ut testis in testamento, iterum mirum non est, cùm non sit Civis, nec habeat Ius annuli: verbo, habetur pro mortuo.

129. QUÆRITUR tamen. Si servus tempore conditi testamenti habeatur pro libero, an tunc testamentum subsistat. Eadem quæstio procedit de quibusdam aliis alioquin inhabilibus, ut de Impubere, si habeatur communiter pro pubere, de improbo, si communiter habeatur pro probo, &c. ℞. Etsi spectato Iuris rigore non deberet tale testamentum subsistere, ex singulari tamen Imperatorum indulgentia & æquitate illi succurritur. *l.* 1. *C. h. t.* [Testes servi an liberi fuerint, non in hac causa tractari oportet, cùm eo tempore quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit.] Et §. 7. *Inst. h. t.* [Sed cùm aliquis

ex

ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur: postea autem servus apparuit, tam Hadrianus, quàm Severus, & Antonin* rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, acsi ut oportebat factum esset, cùm eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset, qui statûs ei quæstionem moveret.]

Moventur hîc à quibusdam subtilizantibus Juristis quæstiones aliquæ, quas prætermitto, quia hodie nullam habere possunt utilitatem, nisi fortè in casu aliquo valde Methaphysico, neque resolvuntur ex aliquo jure, sed resolutio desumenda est ex ijs, quæ suprà sunt tradita.

§. IV.

De Furioso, Prodigo, Muto, & Surdo, & Cæco.

130. FUriosus, cùm ideo solùm arceatur à testimonio dicendo, quia mentis compos non est, hinc rectè deducunt Iutis Interpretes, valiturum ejus testimonium adhibitum eo tempore, quo per lucida intervalla mentis compos fuit, quemadmodum & aliàs tam in Judicio, quàm extra Iudicium eo tempore testis admittitur, neque à cæteris officiis civilibus & muneribus publicis removetur. Et habetur. *l.* 20. §. 4. *ff. h. t.* ibi. *Sed si habet intermissionem eo tempore adhiberi potest.*

131. Prodigus etiam, cui bonis interdictum est, meritò quoque à testimonio testamentario arcetur, quia furioso similis habetur, dum nullum modum, aut finem expensarum facit. Quodsi tamen, antequam illi bonis interdictum est, aut postquam notoriè ad frugem redierit, testimonium tulerit, illud subsistere tradunt Interpp.

132. Mutus, aut Surdus, aut Cæcus testes etiam esse non possunt. Mutus quidem quia non potest, si exigatur, Iuramentum præstare, nec rationem reddete eorum, quæ audivit & vidit. Neque dicas, quòd scribendo possct rationem reddere. Nam sæpè, vel non sciunt scribere, vel scribunt illegibiliter, vel non est commoditas scribendi, præsertim dum sit testamentum, nimis incommodum, aut importunum sæpè esset, si, quæcunque vellet ab aliis testibus intelligere, aut illis communicare, deberet scripto transigere. Surdus paribus incommodis obnoxius esset, & etiam majoribus, quia non audiret testatorem aut testes. De Cæco etsi Iura nihil in terminis formalibus statuant, satis tamen, vel ex eo capite arcent, quatenus requirunt, ut testis videat testatorem, ut suprà dictum est.

§. V.

De Improbis & Intestabilibus.

133. INtestabiles sunt, cum quibus testamenti factio non est, hoc est, qui nec testamentum facere, nec ex alterius testamento capere permittuntur, ut sunt deportati, damnati ob carmen famosum. Hi ergo etiam à testimonio testamentario arcentur, sicut & Improbi, ut colligitur ex Iuribus sup. adductis.

Improborum nomine veniunt infames de Iure, non item infames præcisè infamiâ facti, quæ potiùs bonorum virorum judicio, quàm legis auctoritate existimationem gravat. Quinam autem de Iure infames sint, dictum est tomo 1.

§. VI.

De Hærede & Domesticis.

134. HÆredem in testamento institutum, non posse in eodem esse testem, habetur. *l.* 20. *p. ff. h. t.* & §. 10. *I. eod.* quem textum jam suprà retuli. Ubi etiam ratio elegans redditur. *Quia hoc totum negotium quod agitur Testamenti ordinandi gratiâ, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi.* ubi tacitè subsumitur. Arqui nemo in proprio negotio potest esse testis. Ergo.

Dices. Si hæc ratio bona est, sequitur, nec Clericum in causa Ecclesiæ, nec Monachum in causa Monasterii posse esse testem, quod tamen est falsum, ut suo loco dicetur. ℞. Negando sequelam. Quia Causa Ecclesiæ & Monasterii non est ità causa Clerici & Monachi, ut inde talibus ut privatis & directè lucrum quæratur.

Quinam tanquam domestici excludantur, ex eodem §. colligitur. Nec enim denominatio *Domesticorum* hoc loco, ab eadem domo, seu cohabitatione, nec à consanguinitate, nec ab agnatione, aliave simili affectionis causâ (prout in aliis juribus solet accipi) sed ex unitate subjectionis, sive ex ficta personarum identitate sumitur, quorum nimirum alter sub alterius, vel ambo sub alicujus tertii patria potestate constituti sunt. Unde nec is qui in potestate hæredis est, neque pater hæredis sub potestate constituti, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt. Item nec is qui in potestate testatoris est. Hinc ex adverso

135. Infertur 1. Maritum posse esse testem in testamento uxoris (non econtra quia fœmina non potest esse testis) fratrem emancipatum in testamento fratris, libertum in testamento patroni, socium in testamento socil, famulos conductos in testamento sui heri te-

 stes

stes esse posse,(quantumvis domestici videri possent) nisi aliud quid illis obstet.

Nam licèt hujusmodi personæ in aliis Iudiciis non admittantur, quibus de commodo illius agitur, in cujus favorem possent ex affectu falsum dare testimonium, in testamentis tamen hæc ratio non curatur, quia testator non quærit sibi commodum, aut lucrum ex testamento suo.

Infertur 2. Filium emancipatum posse esse testem in testamento patris; quia jam ablata est patria potestas.

136. Dubitari posset an Pater possit esse testis in testamento filiifam. testantis extra Castra de bonis Castrensibus. Ad hoc responde tur in §. 9. negativè. ibi. [Sed si filiusfam de Castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus rectè adhibetur testis, nec is qui in ejusdem patris potestate est: reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.]

137. Huic textui videtur è diametro adversari lex 20. *ff. h. t.* §. 2. qui sic habet. [Per contrarium quæri potest, an pater ejus qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. & Marcellus lib. 10. Digestorum scribit posse. & frater ergo poterit.] Nicolaus de Passeribus de harum legum conciliatione nihil habet. Hotomannus existimat nullâ probabili ratione posse conciliari. Aliqui dicunt, in l. 20. esse sermonem de filio testante Iure militari. Sed horum crudam interpretationem meritò explodit Arnoldus Rath. Sequeretur enim, JConsultum ibidem de re nullius momenti, aut effectûs, quæstionem & dubium movisse, quia miles jure militari testatus, non indiget ullo teste ad validitatem testamenti. Ipse verò Arnoldus existimat, legem 20. loqui de filiofamilias qui testamentum lege militari condit, & ideo non habet quidem opus testibus tanquam solenniter requisitis, habet tamen opus testibus probatoriis, & quà talis rectè adhibetur pater, ut si fortè testatoris filii voluntas, nullâ scripturâ existente ab ejusdem fratribus, vel sororibus negaretur, ac proinde duobus testibus probanda esset, rectè ea per patrem unà cum alio teste doceri posset.

Subtilis est hæc interpretatio, & interea sufficere debet, dum melior non occurrit. Difficultate tamen non caret, quia vix cum toto contextu cohærere videtur: nam immediatè priùs sermo erat de filiofam. quòd non possit esse testis solennis in testamento patris, & statim subjungitur. per contrarium patrem posse esse testem, &c. videtur ergo sermo esse de testamento solenni.

138. Infertur 3. Quòd tutor in testamento datus, possit in eodem testamento esse testis, si pupillus hæres instituatur. Quia nullo jure repellitur. Neque obstat, quòd tutor in causa pupilli testis esse non possit; hoc enim procedit post susceptam & durantem tutelam. Atqui non suscipit tutelam ante testamenti executionem. Ergo testimonium præcedit susceptionem tutelæ.

Infertur 4. Posse in eodem testamento ex eadem aliena domo plures testes adhiberi, si nihil aliud ex prædictis obstet. Ratio, quia cùm negotium sit alienū, cessat suspicio collusionis. Adeoq; pater & filius in ejusdem potestate constitutus, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes in eodem testamento extranei esse possunt. §. 8. *Inst. de Testam.* [Pater, nec non is qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt, quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.]

139. Infertur 5. Legatarios & Fideicommissarios saltèm particulares posse testes esse, quia inter testatorem & illos nullum negotium geritur, sed hæres, si quidem hæreditatem adeat, ex quasi contractu illis incipit obligari. §. 11. *I. eod.* [Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: & multò magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.]

140. DUBITATUR tamen hìc & meritò, an hoc procedat tam in testamento Nuncupativo, quàm Scripto. Imprimis enim textus videntur loqui de testamento scripto. §. *Sed cùm hæres scriptus.* I. h. t. & subjungitur. §. 14. *Sed hæc quidem de Testamentis quæ scriptis conficiuntur.* Deinde etiam urget ratio gravissima. Nam regula certissima est, quòd nemo in causa propria testis esse possit. *L. nullus ff. de testib.* Atqui in casu testamenti & testimonii dicendi versatur causa propria legatarii & fideicommissarii: quia legatarius scit, se ad legatum non perventurum nisi subsistat testamentum: facilè ergo impelletur ad dicendum falsum testimonium in favorem testamenti. Neque solvunt hunc nodum, qui dicunt, posse testamentum valere, & non valere legatum, quia adhuc probandum restat, fuisse legatum relictum. Quid tum? adhuc tamen legatarius scit, quòd si testamentum subsistat, magnam spem habeat consequendi legatum, nullam autem, si non subsistat.

141. Ob hanc ergo rationem plures DD. apud Duarenum Rub. *de Testib. in test. idon.* dixerunt, posse quidem legatarium & fideicommissarium esse testem in testamento scripto, ubi ratio allata cessat, quia legatarius & fideicommissarius ignorant dispositionem ibi factam: non autem in Nuncupativo.

142. Hæc tamen distinctio non est admittenda, quia est aliena à Iuribus adductis, quæ sine discri-

diſcrimine hos teſtes admittunt. *L. 22. V. teſtib. C. de Teſtam. Teſtibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis pro ſuo libito quod voluerit, teſtator relinquere non prohibetur.* Deinde hoc ipſum habet pro ſe æquè ſpecioſam rationem. Si enim ille qui in teſtem Nuncupativi adhiberetur, hoc ipſo ſciret, ſe nihil ſperare poſſe, ſed eſſe excluſum, profectò abſterrerentur amici à dicendo teſtimonio, & à comparendo, unde ſcilicet nil niſi incommoda expectanda eſſent. Non expedit ergo everti teſtamenta per legatum teſti relictum, quod ſæpè relinquitur ob meritum teſtimonii, & negotii per eos faciliùs explicandi causâ.

Deinde ex adverſariorum fundamento multa etiam ſcripta teſtamenta corruerent, quandoquidem non eſt novum, nec teſtatori in ſcriptis prohibitum, manifeſtare teſtibus legata relicta. Ob has igitur rationes reſpondendum eſt ad fundamentum contrarium, ab illa Regula excipi caſum præſentem, quia expediebat poſſe legatarium teſtem eſſe in cauſa propria, quæ tamen non eſt principaliter propria, ſed ſolùm per conſequentiam. Omitto alias aliorum rationes, utpote quæ probarent, quòd etiam hæres poſſet eſſe teſtis, adeoque nimiùm probant.

143. Porrò ratio noſtra procedit ſolùm de teſtimonio pertinente ad ſolennitatem & valorem teſtamenti, non item de teſtimonio ad probandum, quòd in tali teſtamento ſit relictum legatum, vel fideicommiſſum; quare ſi in ſpecie de legato inter legatarium, teſtem, & hæredem quæſtio moveatur, an relictum ſit nec ne, loquendo de teſtamento Nuncupativo, legatarius non poteſt eſſe teſtis ad probandum, quòd fuerit ſibi relictum legatum, quia eſſet teſtis in cauſa propria principaliter ad ſe ſpectante.

Dixi: loquendo *de Teſtamento Nuncupativo*. Nam in teſtamento ſcripto eſt alia ſpecialis ratio, quòd teſtimonium legatarii poſſit, ac debeat etiam ſervire ad probandum legatum. Cùm enim (inquit Arnoldus Rath th. 63.) teſtium munus in ſubſcribendo, ſubſignando, & ſigillis poſtmodum recognoſcendis conſiſtat, hæres hæc in puncto ſucceſſionis pro ſe approbando non poterit pro legatario reprobare. Vnde in hoc caſu eadem eſt probatio valoris teſtamenti, & legati relicti.

144. Hoc ipſum meritò extenditur etiam ad Nuncupativum, in quo ultra requiſitum numerum teſtium, etiam Notarii ſcriptura acceſſit, quia hoc inſtrumentum ſufficit ad probandum legatum, nec ulteriore teſtium examine opus eſt. Idem dicendum, ſi quidem Notarii ſcriptura non exſtat, fuerunt tamen adhibiti ſeptem teſtes, & inſerta eſt clauſula Codicillaris. Hæc enim facit, ut quinque teſtium reliquorum teſtimonium ſufficienter probet legatum ſexto, vel ſeptimo teſti relictum eſſe. quia legata probantur ſufficienter numero quinque teſtium.

145. Dixi deinde ſuperiùs *ſaltèm particulares* fideicommiſſarios poſſe eſſe teſtes. Aliud eſt dicendum ex communiore ſententia de fideicommiſſario univerſali. Nam talis etſi non ſit hæres immediatus, eſt tamen loco & inſtar hæredis, & ſubſtitutus, juriſque univerſalis ſucceſſor, & plerumque plus capit, quàm hæres inſtitutus, & ideo cum illo etiam principaliter negotium agitur, adeoque in propria cauſa non poterit eſſe teſtis.

Neque refert, quòd in §. 11. Fideicommiſſarii ſine diſtinctione admittantur. Nam diſtinctio ſatis ſupérque inſinuatur, quatenus adjunguntur Legatarii, quod ſignum eſt, Imperatorem loqui de illis fideicommiſſariis, qui legatariis in jure ſunt comparati: hi autem ſunt ſoli fideicommiſſarii ſingulares. Et hactenus de Solennitatibus Teſtamentorum.

CAPUT

CAPUT III.

DE MODIS, QUIBUS TESTAMENTA RITE FACTA INFIRMANTUR.

146. Testamentum ritè confectum adeoque validum, potest postmodum pluribus modis infirmari, & nullum reddi, de quibus nunc agendum.

Antiquitùs equidem lapsu decennii infirmabatur. Sed hoc jus deinde antiquatum est, ut nec longissimi temporis lapsus officiat. *L. 27. C. de Testam.* ibi. [Aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, constitutionibus quæ super hujusmodi testamentis evacuandis latæ fuerant, penitùs antiquandis.] Priùs autem hujus rationem reddidit, quæ est quædam Iuris Regula: *Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur.* Breviùs dicitur pr. Inst. h. t. *Testamentum jure factum usque eò valet, donec rumpatur, irritumve fiat.* De his ergo modis infirmandi nunc agendum est. Nàm de modo infirmandi per rescissionem, quæ fit officio Iudicis implorato per *Querelam inofficiosi*, infrà agendum est.

CONTROVERSIA I.

Quomodo Testamentum infirmetur Irritatione.

SUMMARIUM.

Duplex modus infirmandi Testamentum ipso Iure: Irritatio, Ruptio. 147.

Quot modis irritetur ex hæredis accidenti, quòd non adeat hæreditatem. 148.

An hæres transmittat jus adeundi hæreditatem, quando moritur intra annum deliberandi. 149. 150.

Vtrum repudiatâ hæreditate testamentum infirmetur etiam quoad legata. 151.

Quomodo testamentum irritetur ex accidenti testatoris, per status mutationem. 152. 153.

Vtrum emancipatione irritetur testamentum à filiofamilias factum de bonis Castrensibus. 154.

An damnatorum ultimo supplicio testamentum irritetur. 155.

An recuperato statu restituatur testamento valor. 156.

Cur Irritatio & Ruptio distinguantur. 157.

147. Ex dispositione Legis ipso jure, absque sententia & facto Iudicis, infirmari potest testamentum duplici modo, quorum primus dicitur *Irritatio*, alter *Ruptio*. De priore, hac Controversiâ agetur.

Irritari dicitur testamentum, quando vitium infirmans non incurrit directè in ipsum testamentum, sed accidit vel hæredi, vel testatori.

148. Ex hæredis accidenti irritatur testamentum, si hæres institutus hæreditatem non adeat. Quod dupliciter fieri potest. Primò si hæres scriptus moriatur ante testatorem. Tunc enim non potest jus succedendi transmittere ad suos hæredes, cùm ipsemet necdum hæres fuerit: nemo enim vivus hæredem habet. In hoc casu dicitur testamentum destitui, sed modo loquendi improprio, quia propriè loquendo non potest testamentum destitui eo tempore, quo nec adiri nec repudiari potest.

Propriè loquendo tunc diceretur *destitui*, quando ob omissam hæreditatis aditionem effectum non consequeretur, & testatore defuncto adiri potuisset. Itaque

Secundus modus irritandi ex accidenti hæredis non adeuntis hæreditatem est, si ipse post testatorem supervivat, sed hæreditatem non adeat, quod iterum potest dupliciter fieri. Primò, si ideo non adeat, quia intra annum deliberationis moritur: secundò, si simpliciter repudiet hæreditatem.

149. Si hæres moriatur intra annum deliberandi, tunc aliqui Interpretes distinguunt, an hæres sciverit, vel ignoraverit, se hæredem scriptum esse. & quidem si scivit, tunc fatentur, quod reliquum tempus deliberandi, adeoque jus adeundi hæreditatem transmittat ad suos hæredes, sicque testamentum necdum est omnino destitutum. Si verò ignoret, putant omnino destitui, nec jus adeundi transmitti ad hæredes.

150. Verius tamen est, quod docet Arn. Rath. transmissioni locum esse, sive sciverit, sive ignoraverit se hæredem institutum esse, dummodo nihil fecerit, quo deliberatio impediatur. *l. 19. C. de Iure deliberandi.* ibi. [Ideoque sancimus, si quis, vel ex testamento, vel ab intestato

stato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, noo tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro hærede gestionem inducat: prædictum arbitrium in successionem suam transmittat: ità tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is qui sciens NB. hæreditatem, vel ab iotestato, vel ex testamento sibi esse delatam deliberatione minimè petitâ intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem iotra annale tempus extendat.] Et sanè irratiooabile est, ob inculpabilem ignorantiam privare jure transmissionis. Sed de hoc redibit alibi sermo.

151. Denique si hæres institutus, vel illi ad quos transmisit hæreditatem, repudient hæreditatem, tunc enim verò, per se loquendo testamentum destituitur. Dixi, per se loquendo. Nam quæstio controversa est, an ità destituatur, ut omni effectu etiam quoad legata careat. Quæ quæstio pendet ex eo, quomodo intelligenda sit Novella 1. c. 1. ubi datur facultas adeundi hæreditatem legatariis & fideicommissariis io defectum hæredis. Sunt enim, qui velint, indistinctè his concedi potestatem succedendi, si hæres non adeat hæreditatem. Alii verò volunt, eo solùm casu fideicommissariis, & legatariis facultatem adeundi coocessam esse, quo hæres aditâ hæreditate voluntatem defuncti in legatis præstaodis implere recusat, aut morosè differt. Ego existimo, textum prioribus magis favere. Sic habet. §. 1. [Si quis autem non implens quod dispositum est, sed dum competat ei qui honoratus est, qood relictum est, etiam ex decreto Iudicis admonitus anoum totum protraxerit, non agens hoc quod præceptum est, si quidem aliquis illorum fuerit, qui necessariò ex lege præcipiunt, io plus autem, quàm quod lex ei vult, scriptus est hæres, tantum accipiat solùm, quantum lex ei dare secundùm quartam ab intestato partem concedit.] & paulò pòst. [Si verò nullus aliter sit hæres: aut sint quidem scripti quidam, non autem adeant hæreditatem, tunc quod aufertur, adjiciatur aliis rebus: & NB. licentia præbeatur, & legatariis, & servis libertate honoratis adire & hęc acquirere, ut omnibus modis, quod præceptum est per testantem, impleatur, cautiooe videlicet priùs ab eis factâ: quia res accipientes agunt in eis quæ relicti voluerunt testatores. Si verò nullus horum voluerit adire (*hoc est cohæres, aut legatarius, aut fideicommissarius, &c.*) tunc ad alios quos lex ab intestato vocat, deferri res, & similiter præbentes cautionem, quia complent quod testamento continetur.] Secundùm hanc ergo Nov. testamentum saltèm obtinebit hunc effectum, ut legata & fideicommissa, ac libertates præstentur, & si quid aliud præceptum est: adeoque non omni ex parte destituetur, sicut destitueretur, si præter hæredis (adire nolentis) institutionem nihil contineret. Ratio insuper est, cur in casu non aditæ hæreditatis ab hærede scripto censeatur facultas facta legatariis, &c. Quia si hæres adeat hæreditatem, potest aliis mediis compelli ad solvenda legata: ergo plus voluit Justinianus in hac sua Novella, in favorem ultimæ voluntatis, quam noluit frustrari posse quoad alias dispositiones solâ hæreditatis repudiatione. Et hæc de modo irritandi testamenta ex accidenti Hæredis.

152. Ex testatoris accidenti irritum fit testamentum per statûs mutationem, non solùm maximam, hoc est, per servitutem, sed etiam per mediam, nempe amissionem civitatis, & per minimam, videlicet arrogationem supervenientem. Ratio est, quia non nisi homini sui juris permissum est, ut testatus mori, ac hæredem eligere possit. *Inst. pr. Quibus non est permissum fac. test.* ibi. *Statim enim ij, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent.*

153. Colligitur hoc etiam ex eo, quòd speciali privilegio sustineatur testamentum illius qui ab hoste captus est, perinde acsi in libertate mortuus esset. *L. lege Corneliâ. ff. de captis & postlim. reversis.* aut fictione Iuris, quasi nunquam captus fuisset, nimirum Iure postliminii. *L. 5. & 16. ff. eod.*

154. Quin imò Hoonius *th. 7. §. ego tamen.* asserit, etiam emancipatione irritari testamentum à filiofam. priùs factum de bonis castrensibus. Colligit hoc ex §. penult. Inst. *de milit. testam.* ubi speciali favore militi filiofam. conceditur, ut ejus testamentũ etiam post emancipationem valeat, quasi ex nova militis voluntate: sic enim ait. [Denique etsi in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfam. emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis diminutione irritum fieri.] Ergo testamento paganorum filiorumfamilias hoc non censetur concessum. Rationem etiam addit, quòd emancipatione subsecutâ bona castrensia, super quibus permittitur testari filiusfam. nomen bonorum castrensium amittant, & cum aliis bonis confundantur, eandémque naturam assumant.

His tamen non attentis censet Arnoldus Rath th. 27. tale testamentum nostris moribus non irritari, & advertit, privilegium *in §. citato* in hoc solùm consistere, quòd testamentum jure militari de Cast. pec. factum per militis arrogationem non irritetur: quòd verò per emancipationem non infringatur, etiam paganis de jure communi concedi: quia verba illa: *quasi ex nova voluntate*, ad casum arrogationis referenda sunt: illa verò. *nec videtur cap. dimin. irritum fieri*, de casu militis emancipati accipienda sunt. alioquin essent sibi contraria, dum idem dicerent irritum, & non irritum, si ad unum casum referrentur.

155. QUÆRITUR nunc 1. Utrum testamentum factum ab iis, qui ultimo supplicio damnati sunt, irritum fiat. Ratio dubitandi est, quia servitus, quâ quasi pœnæ servus efficiebantur antiquitùs, à Justiniano sublata est. Dicendum tamen est, nihilominus irritum fieri, propter amissionem civitatis, quæ non est sublata, ne sint melioris conditionis, quàm deportati. Eorum itaque bona descendentibus, ascendentibus, collateralibus, & his deficientibus, denique Fisco applicantur, nisi consuetudo locorum aliud obtineat.

156. QUÆRITUR 2. An si testator, facto ritè testamento subeat deinde statûs mutationem, sed ante mortem iterum fiat sui Iuris, & recuperet statum in quo testari potest, censeatur nihilominus testamentum priùs factum esse irritum. Negat Harppprecht *ad §. 4. I. Quib. mod. test. inf.* Affirmat Arnoldus Rath. *th. 26.* Colligitur ex *§. 6. I. eod.* ubi scriptus hæres ex tali Testamento non ipso jure hæres efficitur, sed solùm officio prætoris bonorum possessionem secundùm tabulas agnoscere potest. Quo tamen deveniendum non esset si testamentum valeret. [Non tamen, inquit Imperator, per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta per capitis deminutionem irrita facta sunt: nam potest hæres scriptus secundùm tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modò defunctus, & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit.] Idem colligitur ex *L. 11. §. 2. ff. de bonor. possess. secund. tab.* ubi expressè supponitur tale testamentum esse irritum, nec posse hæredem petere possessionem, sed exceptione doli mali summoveri. Additur deinde. [Planè si sui juris effectus, Codicillis, aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas quæ defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur, non secùs, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset ut priores supremas relinqueret.] Secundùm hæc verba debet intelligi *lex 8. ff. de Jure Cod.* ubi cæteroquin expressè dicitur testamentum, de quo est quæstio, valere, debet inquam intelligi, si per sequentes Codicillos redierit. alioquin ab antinomia non posse vindicari censet citatus auctor.

Dices: Si hæres potest doli mali exceptione summoveri secundùm adductam legem 11. quomodo hoc cohæret cum eo quod dictum est *§. 6. J. cit.* quòd possit bonorum possessionem secundùm tabulas agnoscere? Ad hoc respondet Mynsinger, distinguendum esse inter capitis diminutionem voluntariam, qualis fit per arrogationem, & necessariam, qualis est maxima & media capitis diminutio: in priore casu, de quo loquitur lex 11. cit. oportet, ut Codicillis vel aliâ suâ voluntate approbet factum testamentum. In posteriore verò; si mortis tempore à Principe restitutum se reperiat, ipso jure convalescit testamentum priùs factum absque nova declaratione. Diversitatis rationem elegantem reddit Bartolus, quia quando invitus quis mutat statum, non præsumitur mutare voluntatem, secùs si volens. Verùm alii, ut Harppprecht, & Julius Pacius, aliam conciliationem insinuant, asserentes textum §. Inst. loqui de Iure prætorio, quia requirit, ut testamentum septem signis testium signatum sit, nempe quia alioquin Iure prætorio non subsisteret: ergo tunc jure prætorio potest peti bonorum possessio secundùm tabulas, nullâ aliâ requisitâ declaratione. at verò lex Digestorum loquitur de Iure civili, quo jure testamentum semel irritum factum per statûs mutationem non convalescit nisi novâ voluntate, v.g. Codicillis fuerit confirmatum. & hæc interpretatio tanquam textui conformior mihi magis placet.

157. Quæret hîc aliquis. Cur ex isto modo infirmandi testamentum, dicatur potiùs irritum, quàm ruptum, quandoquidem ab initio valuit. Ad hoc respondet ipse Imperator §. 5. quòd utique posset ruptum dici, *sed quia commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, vel irrita fieri.*

CONTROVERSIA II.

Quomodo Testamenta rumpantur.

SUMMARIUM.

Quomodo testamentum rumpatur posthumi agnatione. 158.
An sufficiat in utero vixisse: & quid si sit partus monstrosus. 159.
An necesse sit, quòd testator ignoraverit, uxorem esse prægnantem. 160.
An per nativitatem posthumi tollatur clausula Codicillaris. 161.
Quomodo testamentum rumpatur per arrogationem. 162.
An per adoptionem quâ filius filii emancipati, hæredis scripti, in nepotem adoptatur, rumpatur testamentum. 163.
An rumpatur, si filius hæres moritur, & nepos est præteritus. eod.
Quomodo rumpatur mutatione voluntatis. 164.
An cancellatione unius solius hæredis. 165.
An omnium nominibus subductis valeat testamentum quoad legata. eod.
An cancellando rumpatur nuncupativum, sed à Notario in scripto comprehensum. 166. *& seqq.*
Quomodo testamentum rumpatur solis verbis revocatoriis. 169.
An rumpatur protestatione, se velle intestatum decedere. 170.

An

158. Rumpi dicitur testamentum, cùm, testatore in eodem statu permanente, vitium incurrit in testamentum. Hoc autem fieri potest primò, agnatione seu nativitate posthumi legitimi & naturalis simul, hoc est, ex justis nuptiis nati. Et licèt strictè loquendo posthumus ille solus dici soleat, qui nascitur post mortem patris, hic tamen extenditur ad illum, qui nascitur post testamentum conditum, esto adhuc vivo patre. Talis itaque, si in testamento præteritus est, nativitate rumpit testamentum, adeo, ut ne quidem hodie legata, & alia in illo contenta sustineantur: neque enim quoad hoc mutatum est Ius antiquum per Novellam 115. sicut mutatum est quoad illos qui ante testamentum nati injustè exhæredantur, vel prætereuntur: de quo dicetur infrà, ubi hujus rei jura referentur.

159. Debet autem posthumus habere rationem hominis vivi, & non esse monstrum, seu prodigium. Quodsi habeat membra ampliata, ut sex digitos, tres manus, &c. inter liberos numeratur. *L.* 14. *ff. de statu hominum.* ibi. *Partus autem qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliqu atenus videtur effectus, & ideo inter liberos connumerabitur.*

Dixi, quòd debuerit natus esse vivus. Per hoc enim præcisè quòd in utero vixerit, non rumpit testamentum. l. 30. §. 1. *ff. de acquir. hæred.* ibi. *à ventre qui suum hæredem pariturus est.* & clariùs *l.* 3. §. 1. *ff. de injusto.* ibi. *sed & hi qui post testamentum factum in vita nascuntur, ità demum testamentum rumpere prohibentur, si nominatim sint exhæredati.* & clarissimè *l.* 3. *C. de posthum. hæred.* ibi. [Sancimus, si vivus perfectè natus est, licèt illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi: hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum, vel prodigium.]

160. DUBITATUR 1. An ad hoc, ut testamentum per nativitatem posthumi penitus ruptum sit, irà ut ne quidem legata debeantur, necesse sit, ut testator ignoraverit uxorem esse prægnantem. Affirmant multi post Bart. Salicetus, Sicbardus, Alciatus & alii, quos sequitur Julius Clarus *q.* 52. *n.* 4. Hi enim putant hoc solo casu quo patet ignorat uxorem prægnantem, non esse locum *auth. ex causa. C. de lib. præter.* quæ sic habet. [Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantùm ad institutiones: cætera namque firma permanent.]

Contrarium docet Arnoldus Rath, dicens, testatorem non posse per suam scientiam derogare Iuti, quod testamento per nativitatem rescisso legata quoque infringit. Ratio est, quia de Iure antiquo posthumus etiam scienter præteritus, imò etiam inter cæteros quantumvis legato accepto exhæredatus, testamentum rupit. §. 1. *Inst. de exhæred. liber.* ibi. *Valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi rumpitur, & eâ ratione totum infirmatur.* atqui hoc non est correctum per Auth. cit. nec per *Nov.* 115. *c.* 2. quia loquuntur de testamento irrito ob exhæredationem, vel præteritionem illius, qui ante factum testamentum natus est. Prior sententia mihi probabilis est ex eo fundamento, quia ratio, ob quam sustinentur legata, quando sunt præteriti jam nati ante factum testamentum, procedit etiam de posthumo jam concepto & præcognito, nempe quia in affectu testatoris perinde se habet, acsi natus esset, quia non obstante ejus futuritione voluit honorare legatarios. Confirmabitur ex resolutione sequentis dubii: Itaque

161. DUBITATUR nunc 2. Quid si testamento apposita sit clausula Codicillaris, an rupto testamento per nativitatem posthumi etiam tollatur vis clausulæ Codicillaris, quoad legata & fideicommissa. Negant multi ob hanc rationem: quia Codicillus eo fine testamento inseritur, ut si testamentum ex aliquo defectu non valeret, saltèm in vim Codicillorum sustineretur. Juxta quam sententiam filius ab intestato succedens, deberet hæredi scripto hæreditatem tanquam fideicommissum restituere. Verùm probabiliùs & æquitati conformiùs affirmatur contrarium, ut tenet Fachinens *lib.* 4. *c.* 11. & Arnoldus Rath *th.* 34. Nec videtur dissentire Gail. *l.* 2. *ob.* 114. Ratio est, quia vel testator ignoranter præterit posthumum, vel scienter: si primum, tunc censetur contra mentem testatoris, quòd illo Codicillo gravetur propria soboles in favorem extranei: si enim donatio inter vivos revocatur ob hanc causam, quidni multò magis fideicommissum? Si scienter; tunc fideicommissa vitiantur ex *l.* 13. *ff. de Inofficioso test.* ibi in fine. *Probat autem, nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi à demente.* Pro eadem sententia citat Fachineus, & Rath legem *Patronus* §. *ult. ff. de Legatis* 3. Sed fallit hæc citatio, nihil enim de hoc habetur in d. §. sed benè in lege 36. sequente. ibi. [Claudius notat; nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furio-

riosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet.] Rationem addit Fachineus, quia alioquin leges, quæ testamenta ob exhæredationem, aut præteritionem rescindunt, & filiis exhæredatis, aut præteritis ab intestato successionem deferunt, quodammodo eluderentur per clausulam Codicillarem. Ego existimo jura adducta non probare de legatis, sed de fideicommissis universalibus, de quibus etiam ratio Fachinei procedit.

Hinc patet responsio ad rationem dubitandi. Nam clausula codicillaris habet illam vim, quando adjicitur in illo testamento, quod testator præsumitur fecisse sanæ mentis existens. Quando autem aliquis præterit liberos sciens, aut modo non legitimo exhæredat,& instituit extraneum, præsumitur egisse ut demens & furiosus. Sed de hoc iterum fortè infrà, cùm agetur de clausula Codicillari.

162. Secundò rumpitur testamentum per Arrogationem, vel per adoptionem alicujus descendentis. §. 1. *Inst. quib. modis test. infirm.* junctâ lege pen. C. *de adopt.* ibi. [Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum qui est sui juris, aut per Prætorem, secundùm nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit: testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui hæredis.] Hoc tamen recipit exceptionem: nisi adoptatus, antequam adoptaretur, fuisset in testamento hæres institutus. tunc enim utique non rumperet testamentum. *l.* 23. §. *fi Titius. ff. de lib. & posthum.* [Si Titius hæres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo qui hæres invenitur.]

163. QUÆRITUR. Si adoptaretur in Nepotem filius filii emancipati, qui hæres scriptus est, an per adoptionem rumperetur testamentum. Ratio dubitandi est, quia filio emancipato hærede scripto, potest nepos impunè præteriri. ut habetur. *Nov.* 118. *c.* 4. Nihilominus respondendum est affirmativè. Ratio est, quia per adoptionem ingreditur nepos in proximum gradum hæredum *suorum*, & per consequens, vel institui, vel exhæredari debet. § *posthumi. Inst. de exhæred. lib.* ibi. [Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet aliâ ratione exeat de patria potestate, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere.] Nec refert, quòd textus loquatur tantùm de liberis naturalibus. Nam adoptivi ejusdem juris habentur. §. 4. *I de exhær. lib.* [Adoptivi liberi, quamvis sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti.

Ex dictis infertur, tunc etiam rumpi testamentum, quando filius hæres institutus moritur, & nepos qui in locum ejus & gradum succedit, præteritus est. Ratio est. Quia hæc successio, seu subintratio est quædam civilis agnatio.

164. Tertiò rumpitur testamentum mutatione voluntatis testatoris, non quacunque (nec enim quævis à lege admittitur ut sufficiens) sed tali, quæ habeat omnia à Iure requisita, sitque, vel facto, vel verbis. Facto rumpitur, si testator linum, vel signacula incidat, vel auferat, vel scripturam deleat, seu cancellet. Et hoc quidem, sive à testatore ipsomet, sive ab alio ex ejus voluntate fiat animo deliberato, & in hunc finem, ut revocetur testamentum. Unde si à muribus, vel vetustate, aut casu fortuito etiam ab ipso testatore, quasi aliud agente corrumperetur, non censetetur revocatum. In dubio ad Iudicem spectat ex circumstantiis præsumptionem elicere, quâ intentione sit ruptum. Habentur hæc variis Iuribus. Imprimis. *l.* 30. *pr. C. de test.* ibi. [Sancientes, si quidem testator linum, vel signacula inciderit, vel abstulerit, utpote ejus voluntate mutatâ testamentum non valere. Sin autem ex alia quacunque causa hoc contigerit, durante testamento scriptos hæredes ad hæreditatem vocari.] Item. *l.* 1. §. 8. *ff. si tab. test. nulla.* [Si hæres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.] Eadem habentur tot. tit. *ff. de his quæ in testamento delentur.*

165. QUÆRITUR 1. Quidsi solùm unius hæredis nomen cancellaverit, an ruptum censebitur testamentum? ℞. Negativè: sed hæredis deleti pars accrescet portionibus cæterorum, per vulgaria, quòd Paganus non possit partim testatus partim intestatus decedere.

QUÆRITUR 2. Quidsi testator omnium hæredum nomina induxerit, valebunt testamentum saltèm quoad legata? ℞. Nisi constet voluisse & hæc revocata, sustinentur. Videtur enim ideo non induxisse, ut valerent ab intestato, & testamentum retineret vim codicilli, subintellectâ clausulâ codicillari.

166. QUÆRITUR 3. An cancellando, vel incidendo rumpatur testamentum illud, quod quidem in specie sua est nuncupativum, sed tamen publico instrumento à Notario confecto facilioris probationis causâ comprehensum est? Ratio negandi est hæc. Quia illud instrumentum non pertinet ad substantiam testamenti nuncupativi: sicut ergo salvo testamento poterat omitti, ità etiam eo sublato persistet tota substantia testamenti, nonminùs, quàm si illud instrumentum fuisset vitiosè confectum. Ratio ulterior est, quia adhuc supersunt (ut supponitur) alii modi probandi, v. g. per testes: ergo etiamsi inutilis reddatur una probatio, non est sufficiens fundamentum revocati testamenti.

167. Econ-

167. Econtrario ratio affirmandi desumitur à paritate testamenti scripti: hoc enim, si quis pluribus exemplis, seu codicibus scripsit, & unum illorum, quod fortè ad manus habet, rumpit, cum expressa protestatione, se velle intestatum decedere, censetur etiam reliquis non ità nupsis derogâsse, & fictione juris omnia rupisse. *L. fin. ff. de his quæ in test. delent.* [Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore Dominus solenniter complevit: si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quæ jure gesta sunt, præsertim cùm ex cæteris tabulis quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat. Sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas: sed hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis a vocabitur hæreditas.] Et hæc quidem ratio atque auctoritas omnino convincere videtur, quòd saltèm adjectâ protestatione censeatur ruptum etiam testamentum nuncupativum. Quod ulterius confirmat Rath. *th.* 50, *litt. B.* Nam in tali casu de quo loquimur, tota probationis vis in instrumentum publicum collata est ex intentione testatoris: & sic est tacitè conditionatum testamentum, ut valeat quamdiu non fuerit incisum instrumentum cum protestatione. ergo sufficit ruptum esse cum dicta protestatione.

Nec refert, quòd adhuc ex protocollo probari possit: hæc enim probatio tantùm est subsidiaria, nempe si fortè instrumentum casu deperderetur, aut rumperetur invito testatore.

168. Tota ergo difficultas est in casu non factæ protestationis. In qua placet distinctio citati auctoris. Vel plura instrumenti exempla confecta fuerunt, vel unicum. Si plura, non sufficiet unius ruptio, ut censeantur cætera quoque civiliter rupta, prout in testamento scripto non sufficit. Sed hæredibus legitimis incumbit probare, quòd testator voluerit intestatus decedere. Si verò unicum confectum est, tunc ob rationem paulò antè allatam omnino præsumitur voluisse intestatus decedere, & ideo hæres ab intestato liberatur ab onere probandi, Quin potiùs hæredi scripto incumberet probare contrarium. Et hæc opinio recepta est Iure Bavarico c. 34. *a.* 15.

Hactenus de modo rumpendi testamentum *Facto*, indice animi revocantis. Nunc, quâ ratione verbis rumpatur, videndum.

169. Sine ulla itaque vel incisione vel cancellatione rumpitur testamentum solis verbis, si Testator coram testibus saltem tribus, vel inter acta dixerit, se nolle valere testamentum: & insuper decennium effluxerit: unde ante elapsum decennium necdum censetur testamentum solenniter revocatum, etiamsi coram septem testibus facta esset revocatio. arg. *L. Sancimus. C. de Testam.* debet autem decennium computari jure communi à tempore conditi testamenti, jure Bavarico verò à tempore factæ revocationis. [Sancimus *inquit Imp. Just.* si quis legitimo modo condidit testamentum, & post ejus confectionem decennium profluxerit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. *& paulò post.* Siu autem testator tantummodo dixerit, *non voluisse prius stare testamentum*, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, & hoc vel per testes idoneos non minùs tribus, vel inter acta manifestaverit, & decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quàm ex cursu temporali.]

Controversia gravis est, an si inter acta vel coram septem testibus revocationi adjungeretur protestatio, *se velle intestatum decedere*, an in quam hoc sufficeret ad rumpendum testamentum, etiamsi decennium non fluxisset. Affirmant de Iure Communi (nam de Iure Bavarico id habetur a. 15.) plures quos refert & sequitur Julius Clarus q. 92. & plures superaddit Harpprecht *in addit. ad Jul. Clar.* & quidem ob auctoritatem est tuta sententia. Theoricè tamen respondendo

170. Probabilius est contrarium, nempe adhuc requiri lapsum decennii. Ità tenet Arnoldus Rath. & ante ipsum jam tenuerunt Paulus Castr. & Fulgosius in *d. l. Sancimus.* Fachinæus *l.* 4. *c.* 8. Bocerus *classe* 3. *disp.* 9. *th.* 21. *edit.* 2. Harpprecht *in §. ex eo autem Inst. Quib. mod. test. n.* 4. *& 5.*

Probatur imprimis ex relata lege *Sancimus*, ut ejus verba ponderanti facilè liquet. Deinde ex lege 36. §. 3. *ff. de testam. mil.* [Veteranus moriens testamentum jure communi tempore militiæ factum irritum esse voluit, & intestatus esse maluit, hæredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit.] Advertunt tamen DD. ex eadem lege colligi, quòd saltèm legata sufficienter sint revocata coram quinque testibus. sequitur enim in lege. *Legata verò petentes, exceptione doli mali secundùm jus commune summoveri.* Quin imò Iure Bavarico coram tribus: unde si ex tali testamento legatarii peterent legata, repellerentur exceptione doli.

171. Objicit Julius Clarus. Posteriore testamento legitimè facto rumpitur testamentum priùs factum: atqui testator protestando se velle intestatum decedere, censetur condere novum testamentum, quia censetur hæredes illos instituere, qui ab intestato veniunt. Ergo valebit revocatio. ℞. Negando minorem. Certè, ut benè advertit Arn. Rath, hypothesin cui innititur, evertit: qui enim vult ab intestato decedere, hoc ipso vult hæredem non ex sua dispositione ad successionem vocari, quomodo ergo stat, quòd velit condere novum testamentum? hæc sanè esset protestatio contraria facto, & seipsam evertens, ut consideranti facilè patet. Hinc

Hinc autem advertere licet, admodum æquitati favere Constitutionem Bavaticam, quatenus cum tali protestatione non requirit decennii lapsum: est enim satis durum, testamentum nuncupativum non posse revocari, nisi, vel conficiendo aliud testamentum, vel exspectando lapsum decennii.

Illud tamen quæri posset, an lapsus decennii posset suppleri per confectionem publici Instrumenti revocatorii. De quo quidem in Iure scripto nihil habetur: probabiliter tamen affirmaretur. Si enim cancellatio talis instrumenti sufficit ad revocandum testamentum nuncupativum, tametsi non sit de illius substantia, videtur ad revocationem testamenti sufficere erectio publici instrumenti revocatorii. Cur enim plus possit cancellatio erecti instrumenti, quàm erectio instrumenti contrarii?

172. Denique celebris modus rumpendi testamentum est, qui fit conficiendo aliud testamentum posterius; quo confecto adeo ruptum est prius, ut etiamsi posterius non sortiretur ex accidenti suum effectum, ut quia hæres in eo scriptus nullei hæreditatem adire, non propterea reviviscerei testamentum prius; imò neque reviviscerer, etiamsi posterius incideretur, nisi incisio, vel cancellatio fierei in eum finem, ut prius testamentum valeret, tunc enim redintegraretur. §. 2. J. *quib. mod. t. infirm.* ibi. *Posteriore quoque testamento quod jure perfectum est, superius rumpitur, nec interest, exstiterit aliquis hæres ex eo an non*. Quòd autem redintegraretur modo dicto, colligitur ex *l.* 11. §. 2. *v. planè.* ibi. *voluntas quæ defecerat, judicio recenti redisse intelligitur, non secus, acsi quis aliud testamentum fecisset.*

173. Huc revocari potest modus rumpendi testamentum de quo in *L. hac consultissimâ.* §. *si quis C. de testam.* nempe si in priore testamento scriptus hæres extraneus, in posteriore verò coram quinque testibus instituantur illi, qui alioquin ab intestato successuri fuissent, tunc enim prius testamentum verè ruptum est. De hoc dixi superiùs, agens de numero testium, nempe quòd aliquando minor numerus sufficiat.

174. QUÆRITUR 1. Utrum ad rumpendum prius testamentum, sufficiat testamentum posterius esse conditionatum, si deinde conditione non purificatâ testamentum posterius destituatur effectu. ℞. Si conditio adjecta sit de præsenti vel de præterito (quæ tamen, Juridicè loquendo non sunt propriè dictæ conditiones) hujusmodi testamentum est nullum, quia ex defectu conditionis nunquam in eo statu fuit, ut ex eo hæres existere posset: ergo tali testamento non rumpitur testamentum prius factum. Aliud est dicendum, si conditio est futura contingens, propter oppositam rationem. & colligitur ex §. 2. Instit. paulò antè cit. ex illis verbis. *aut conditione, sub quibus hæres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur.* Ratio est, quia ex tali testamento potest hæres existere, præsertim si conditio sit in potestate hæredis. Et de his solis conditionibus puto loqui textum, nam alias conditiones etiam de futuro: *ut si cras pluat*: puto se in hoc casu habere sicut præteritæ non verificatæ. Hinc infero, quòd si adjiciatur conditio temporis futuri, sed impossibilis, aut turpis, adhuc rumpatur testamentum prius, quia cùm hujusmodi conditiones habeantur in ultimis voluntatibus pro non adjectis, hoc ipso etiam non purificatâ conditione potest ex tali testamento hæreditas adiri. Sed de hoc alibi pluribus.

175. QUÆRITUR 2. Quid si in priore testamento adjecta est clausula derogatoria posterioris cujuscunque testamenti, postea verò condatur aliud testamentum, quæritur, inquam, an hoc ipso ruptum sit testamentum prius?

Conveniunt DD. tunc saltèm rumpi, quando in posteriori fit expressa mentio clausulæ derogatoriæ prioris, v. g. *non obstante clausulâ prioris testamenti, quâ volui derogatum omni posteriori testamento.* Ratio est, quia ultima voluntas est essentialiter ambulatoria, & revocabilis: ergo non potest priori testamento ità præcludi potestas revocandi, ut non saltèm revocatio tunc valeat, quando disertè fit mentio clausulæ derogatoriæ.

Difficultas non levis est, an etiam tunc rumpatur, quando nulla fit mentio clausulæ derogatoriæ. Affirmant Ant. Faber, Merenda, & Arnoldus Rath th. 71. Communiter alii negant, quos sequitur Fachineus *lib.* 4. *c.* 92. & Covarruvias apud eundem. ex nostris Theologis hanc supponunt Molina, Lugo, Dicastillo, Pallavicinus, quam & ego in materia de Sacramentis supposui, ex generalibus fundamentis ibi jactis.

176. Assero itaque: si prius testamentum habeat clausulam derogatoriam, tunc ut per posterius testamentum rumpatur, debet aliqualiter mentio fieri clausulæ priori testamento insertæ: hoc est, debet saltèm fieri mentio prioris testamenti, & indicari, quòd testatorem prioris voluntatis pœniteat, & magis velit posteriorem voluntatem valere. Probo assertionem primò ex lege 22. *ff. de Legatis.* 3. ubi in simili casu Hermogenianus respondet his verbis. [Si quis in principio testamenti adscripserit: cui bis legavero, semel deberi volo, postea eodem testamento, vel Codicillis sciens sæpè eidem legaverit: suprema voluntas potior habeatur. Nemo enim eam sibi legem potest facere, ut à priore voluntate ei recedere non liceat.] Hucusque videri posset lex pro adversariis facere, & ideo eam pro se allegant; sed immeritò, nam lex statim addit. [Sed hoc ità locum habebit, si specialiter dixerit NB. prioris voluntatis se pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.] Vides textum rotundum. ut proinde non rectè dicant adver-

versarii, nostram sententiam legis auctoritate destitui.

177. Probatur 2. Clausula derogatoria debet posse ex intentione testatoris cum aliquo effectu ab eodem intento & utilitate adjici testamento, quod nemo facilè negaverit: jam verò potest testator nunc fecisse testamentum, cùm esset animo tranquillo, rebus omnibus benè consideratis: potest verò prævidere labilitatem suæ memoriæ, perturbabilitatem voluntatis, amicorum importunitates, quas fortè non poterit declinare, nisi simulatâ aliquâ voluntate, quæ proinde ut nullum post mortem effectum sortiatur, utique perquam utilis erit clausula derogatoria priori testamento inserta, cujus deinde nulla mentio fiat: atqui non esset utilis ad hunc effectum, si testamentum nullâ factâ mentione prioris testamenti revocaretur per aliud testamentum: ergo non revocatur; quia secundum testamentum non est in tali casu signum voluntatis revocativæ; imò potiùs est signum oblivionis prioris testamenti; alioquin utique illius aliquam mentionem faceret.

178. Probo assertionem tertiò ex generalibus principiis alibi stabilitis. Quandocunque excessus voluntatis nostræ, quâ unum præ alio magis volumus voluntate disponente de aliqua re nostra, est sufficienter promulgatus & manifestatus, tunc ut reipsâ revocetur per aliam voluntatem posteriorem, debet sequens voluntas fieri sufficienter sensibilis, non solùm secundùm se, sed ut est revocatoria prioris, hoc est, prout continens excessum appretiativum amoris; quia contractus humani non pariunt effectum moralem juris, nisi postquam exteriùs sunt sufficienter manifestati: atqui in priori testamento clausula posteriorum derogatoria est legitimè & solenniter promulgata: ergo ut ejus vis tollatur, debet ejus revocatio fieri sensibilis quatenus revocatio est; atqui non fit sensibilis, si nulla prorsus fiat mentio prioris testamenti: non enim constare posset, an ex oblivione illius fecisset aliam dispositionem, non facturus, si ejus recordaretur: ergo facienda est mentio prioris.

Quodsi priori testamento juramentum accessisset, de eo nunquam revocando, tunc nisi expressam mentionem faceret hujus juramenti, non censeretur revocatum prius testamentum, quia præsumeretur potiùs immemor juramenti fuisse, quàm perjurus.

179. QUÆRITUR 3. Si in priore testamento hæres scriptus est ex asse, deinde fiat aliud testamentum, in quo hæres scribatur, ex certis rebus, v. g. in fundo Sempronio, an per hoc posterius rumpatur illud prius. Ratio dubitandi est obvia. quia hæres non datur in re singulari, ut suo loco dicetur: ergo censebitur testator utrumque testamentum voluisse sustineri, & priori tantùm in certis rebus derogare. Respondendum tamen est affirmativè. Ità habetur in §. 3. J. h. t. [Sed & si quis priore testamento jure perfecto, postetius æquè jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse Divi Severus & Antoninus rescripserunt.] Ratio ità statuendi fuit: quòd etiam rectè ex certis rebus, atque etiam in una particulari scribatur hæres, non ut adjectio illa certæ rei maneat, sed quatenus potestate juris, detractâ ejusdem mentione, perinde habeatur, ac si simpliciter hæres scriptus fuisset, & hoc sensu verum manet, quòd hæres non fit præcisè in re singulari. *L. 1. § 4. ff. de Hæred. instit.* ibi. [Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detractâ fundi mentione.]

180. QUÆRITUR 4. Quidsi quis duo testamenta diversis temporibus fecisset, in quorum priore Sempronium quoad semissem, v. g. hæredem scripsisset, & in altero Titium etiam in semisse, & in posteriore expressè cavisset, ut prius quoque testamentum vires retineret, quæritur an posterius testamentum valeat, & per illud rumpatur testamentum prius, eò quòd nemo paganorum possit cum duobus testamentis decedere. ℞. Prius testamentum rumpi per posterius, non obstante protestatione testatoris, quæ non potest invertere quod legibus est constitutum, nempe ut prius testamentum posteriore rumpatur. Nihilominus illa protestatio hoc operatur, ut hæres in eo scriptus evadat fideicommissarius, & sic ex jure fideicommissi ex posteriore testamento præstandi hæreditatem consequatur, ità quidem, ut hæres testamento posteriore institutus, debeat restituere reliquam hæreditatem illi qui in priore testamento scriptus est, tanquam ex fideicommisso, dummodo id quod ipsi relictum est, ad æquet Trebellianicam, quam integram retinere potest, defalcando ex hæreditate id quod deest in re relicta, ut habeat quartam partem hæreditatis.

181. QUÆRITUR 5. Quomodo testamentum inter liberos factum rumpatur testamento posteriore. ℞. Non sufficere ad posterius testamentum, ut habeat præcisè ea, quæ alioquin sufficerent, si nullum testamentum præcessisset, sed jure novissimo debet esse solenniter coram septem testibus confectum. Ità habetur in Recessibus Imp. *Col. 1512. de testam. §. 2. & Iure Bav. t. 34. a. 8.* Aliud esset si patens prius testamentum cancellaret, aut incideret, tunc enim posset novum facere imperfectum & privilegiatum, ut supra.

CON-

CONTROVERSIA III.

Quomodo Testamentum Metu, aut Dolo obtentum sustineatur, aut infirmetur.

SVMMARIVM.

An spectato precisè jure naturæ Testamentum metu initum valeat. 182.
An spectato jure positivo. 183.
An benè probetur nullitas Testamenti metu initi ex lege 1. C. de SS. Eccles. 184.
An benè probetur ex eo, quòd ultima voluntas non debeat pendere ex alieno arbitrio. 185. 186.
An benè ex paritate nullitatis Matrimonii metu initi. 187.
An benè ex eo, quòd sit locus petitioni hæreditatis. 188.
Authoris probatio. 189.
An ratione Testamenti metu facti sit locus rescissioni per restitutionem in integrum. 190.
Disparitas inter aditionem hæreditatis ex metu, & testamentum ex metu factum. 191.
Quid dicendum de Testamento, cui dolus causam dedit. 192.

QUamvis hæc quæstio posset differri in sequentem Tomum, ad tractatum de Contractibus, ubi de Contractibus in genere disputabitur, an ipso jure sint irriti, vel veniant irritandi, qui metu injusto, aut dolo initi sunt, operæ pretium tamen videtur, ea quæ specialia videntur testamentis esse, huc inserere, cùm aliquo modo ad irritationem testamentorum pertineant. Nam etiamsi dicturi simus, testamentum metu initum ipso jure nullum esse, hæc tamen nullitas non provenlet ab intrinseco, hoc est ex defectu solennitatis, sed ab extrinseco, & non purè ex defectu voluntatis (reverà enim quod metu fit, adhuc simpliciter voluntarium, & liberum est, ut in opere Theologico probatum est lib. 2.) sed ex legis vel naturalis, vel positivæ dispositione in odium illius qui injustum metum intulit. De aliis ergo contractibus metu initis agemus tomo 3. Nunc specialiter de Testamentis.

182. Asserendum est 1. Testamentum metu quantumvis injusto & gravi extortum, si reverà voluntas seria Testatoris adfuit, & cæteræ solennitates intervenerint, spectato præcisè jure naturæ, & seclusis legibus positivis, valeret. Probatur ex dicendis tomo seq. Illi contractus, qui initio validi possunt postea rescindi, sive per restitutionem in integrum, sive per spontaneam contrahentium voluntatem, (cujusmodi sunt cæteri præter Matrimonium & Professionem religiosam) tales, inquam, jure naturæ valent, nisi lex positiva resistat: quia adhuc adest sufficiens libertas, sicut adesset, si metus esset justus: atqui jure naturæ plus non requiritur ad valorem actûs: ergo. Subsumo. atqui testamentum est etiam hujusmodi voluntaria dispositio. Ergo valeret.

Confirmatur à pari. Si quis injusto metu adactus adiret hæreditatem, aditio valeret, ut habetur *L.* 21. §. *pen. ff. quod met. ca.* [Si metu coactus adii hæreditatem, puto me hæredem effici; quia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per prætorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.] Atqui non est major ratio de valore aditionis coactæ, quàm institutionis. ergo, &c.

Controversia gravis est, utrum attento Iure positivo tale testamentum sit ipso jure nullum, vel an sit quidem validum, per restitutionem tamen in integrum, vel per actionem *quod metûs causâ*, sit rescindendum, sicut alii contractus metu initi. Testamentum esse ipso jure validum, tenent Farinacius *de fals. & simul. q.* 161. *n.* 16. Fachineus *lib.* 10. *c.* 15. Menoch. *de arbitr. Judic. c.* 395. Sichardus *ad Rubr. tit. Cod. si quis aliquem.* Ant. Faber *dec.* 38. *errore* 3. Ant. Perez *in eund. tit. n.* 1. Heuricus Zoesius *in eund. tit. ff. n.* 1. Arnold. Rath *de rescind. vendit. th.* 102.

Testamentum esse ipso jure nullum, tuentur Petrus Peckius *de Testam. Conjug. l.* 1. *c.* 9. *n.* 8. Vasquius *de ult. volunt. l.* 2. §. 17. *n.* 4. & apud hos alii, quos sequitur Casparus Manzius *tit.* 3. *à n.* 17. eandémque priùs tenuerat Arnoldus Rath. *de his qui test. facere poss. th.* 8. Cum hia

183. Assero 2. Mihi probabilius videri, tale testamentum ipso Iure nullum esse. Referam imptimis argumenta Juristarum, deinde, quod me maximè movet, addam.

Argumentantur ergo 1. *ex l.* 1. *C. de SS. Eccles.* ubi dicitur, quòd *supremæ voluntatis debeat liber esse stylus.* & quia testamentum est voluntatis nostræ sententia: atqui voluntati nihil est tam contrarium, quàm vis & metus, ut habet R. J. 116. ergo, &c. Ad hoc respondebunt adversarii, non deesse sufficientem libertatem, sicut Mercator projiciens merces ob periculum naufragii, liberè projicit, & tamen ex metu.

184. Contra hanc tamen responsionem sic urgeo. Certum est apud Theologos, metum causare quidem voluntarium simpliciter, sed tamen causare simul etiam Involuntarium secundùm quid, ut explicui *lib.* 2. *Theol. specul.* Subsumo: atqui lex citata, si tota syncerè perpendatur, vult abesse à testamento omne involuntarium etiam secundùm quid, quia vult abesse omnem ingratam jacturam contra animi inclinationem, qualem tamen affert involuntarium *secundum quid*, quale causat metus, ut patet in projectione mercium. Ergo, &c. Audiamus ipsam legem. [Habeat unusquisque licentiam sanctissimo Catholico venerabilique Concilio decedens bonorum NB. quòd optaverit relinquere. Nihil enim est quod magìs hominibus debeatur, quàm ut

ut supremæ voluntatis postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.] Fateor, quòd lex directè agat contra prohibentes testari. verùm eadem est ratio de cogente testari eo modo quo nollet, quia talis non minùs habet hæredem sibi ingratum, quàm qui invitus ab intestato decedit.

185. Probant Conclusionem Legistæ. 2. Ultima voluntas non debet pendere ex alieno arbitrio. *l.* 32. & 70. *pr. ff. de hæred. instit.* ergo nec ex arbitrio metum inferentis, quia non tam testantis, quàm cogentis voluntas esset. & cùm voluntas metu illata exclusa intelligatur, testamentum non subsistet, quia substantia testamenti in voluntate consistit.

Ad hoc responderent adversarii, non excludi penitus voluntatem liberam per metum, ut jam dictum est. Deinde leges allegatæ loquuntur de alieno arbitrio, penes quem esset determinate hæredem post testamentum jam confectum, & sic nullus determinatus hæres esset ex voluntate determinata testatoris, sed individuum vagum determinandum ab alio, quod meritò inconveniens videbatur, & non tolerandum. Lex 32. sic habet. *Illa institutio.* Quos Titius voluerit, *ideo vitiosa est, quòd alieno arbitrio permissa est.* & lex 70. *quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.*

186. Sed adhuc urgeri potest. Si vitium testamento affert designare hæredem indeterminatum ad arbitrium alterius, ubi nihil involuntarium intervenit, quantò magis vitium affert, si quis alterius arbitrio injustè cogitur se submittere, & scribere hæredem contra suam inclinationem?

187. Probant Conclusionem 3. à paritate cum matrimonio, quod metu initum ipso jure nullum est, ut dicemus suo loco. Atqui (subsumunt illi) testamentum quoad hoc matrimonio comparatur, arg. legis *qui testamento* §. *fin. in f. ff. h. t.* ubi cum testamentum vitietur, teste, ut adsit, compulso, quidni & fortiùs coactio testatoris viribus testamenti oberit? Ego in tota lege nec apicem invenio, ex quo possit argumentum deduci à paritate matrimonii, sed benè à paritate testis. Deinde hæc confirmant per legem. 3. *ff. si quis aliquem test.* ubi dicitur. [Virum qui non per vim nec dolum, quo minùs uxor contra eum mutatâ voluntate Codicillos faceret, intercesserat, sed (*ut fieri assolet*) offensam ægræ mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi: nec ei quod testamento fuerat datum auferendum.] Ego tamen non video consequentiam: *ergo si metum adhibuisset, non valeret testamentum.* Imprimis enim non coëgisset ad testandum, sed solùm prohibuisset facere codicillos: deinde solùm inferri posset per argumentum à contrario: *ergo quod relictum est, auferendum est.* Hoc autem fieret etiam per testamenti rescissionem, etiamsi jure validum esset.

188. Probant 4. Actio *quod metûs causâ*, est Remedium Prætorium & non Civile. Atqui si testamentum ex metu factum est, est locus petitioni hæreditatis, ut videtur colligi ex *l.* 1. *C. si quis aliquem.* ubi dicitur. [Civili disceptationi crimen adjungitur, si testator non suâ sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui hæres est institutus, vel à quocunque alio, quos noluerit, scripsit hæredes.] Ergo supponitur testamentum ipso jure nullum. Hoc argumentum est consentaneum glossæ in dictam legem.

189. Probo nunc conclusionem ex iis quæ ab initio hujus tractatûs dicta sunt. Potestas testandi est legis, & non naturæ beneficium, nemo enim ex rei natura validè disponeret de rebus suis post mortem, quando ipse non potest ampliùs rebus suis uti, nisi hunc favorem a lege haberet. In tantùm ergo valet testamentum in quantùm illi lex assistit, & consequenter, non assistere idem est, ac resistere. Subsumo. Atqui testamento metu injusto facto lex non assistit: non enim assistit, nisi quando talis assistentia est favor testantis: atqui si valeret ex assistentia legis testamentum metu factum, non esset talis assistentia favor, sed afflictionis non exigua causa. Ergo lex tali testamento non assistit: ergo hoc ipso resistit: ergo non valet ipso jure, ac proinde locus est regulæ: Quod in alicujus favorem introductum est, non debet in ejus dispendium detorqueri. *Reg. 61. in 6. & in l. 6. C. de legib. Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolumus inventum videri.* Quæ sanè verba apprimè quadrant præsenti quæstioni, quia testamenti factio est legis inventum, & quidem favore testantium.

Objiciunt 1. Coacta voluntas est etiam voluntas. Ergo testatoris voluntas adest. ℞. Est voluntas inducens Involuntarium *secundùm quid*, & cui lex resistat concedo, aliter nego.

190. Objiciunt 2. Quando locus est Rescissioni per in integrum restitutionem, valet actus: sed in nostro casu est locus rescissioni, nam quod metûs causâ gestum est, à Prætore rescinditur. Ergo, &c. ℞. Negando minorem. Nam verba: *quod gestum est*: non pertinent ad testandi jus. *l.* 20. *ff. de V. S.* Præterea, ut benè notavit Manzius, de testamenti rescissione primùm post mortem testatoris quærendum esset: quomodo autem defunctus in integrum restituetur?

191. Objiciunt 3. Ex *l.* 21. §. *pen. ff. quod metûs causâ.* ibi. [Si metûs causâ hæreditatem adii, hæredem me effici Iureconsultus respondit, quia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen quia coactus volui, per prætorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.]

Ergo idem in nostro casu cum proportione dicendum erit. ℞. Negando consequentiam & paritatem. Nam aditio hæreditatis habet rationem quasi contractûs, & inter vivos perficitur: contractus autem metu initos inter vivos valere de jure, & esse rescindendos, dicemus suo loco.

192. Ex his, quæ de metu injusto dicta sunt, non est difficile statuere de Dolo injusto, quo quis aliquem induxit, ut hæredem scriberet, quem non scripsisset absente dolo. In hoc enim casu procedit testator ex Ignorantia invincibili antecedente: hæc autem Ignorantia, ut docent Theologi, causat Involuntarium simpliciter: ergo multò magis resistit valori testamenti, (cujus favor requirit, ut sit plenè voluntarium) quàm metus causans solum Involuntarium secundùm quid.

CONTROVERSIA IV.

In qua expediuntur dubia quædam circa Testamentorum revocationem.

SUMMARIUM.

INtellectus legis. 22. ff. de leg. 3. Nemo sibi legem potest dicere, ut à priori voluntate ei recedere non liceat. 193.

An possit Iuramento firmari testamentum. 194.

Quid si juramentum habeat vim clausulæ derogatoriæ? 195.

An hæres teneretur restituere hæreditatem promissario, quòd esset scribendus hæres, & non est scriptus. 196.

An petenti posset Princeps auferre potestatem revocandi testamentum. 197.

Quomodo testamentum tunc differret à donatione inter vivos. eod.

Si repertis duobus testamentis non appareat, quodnam sit recentius, quodnam sustinendum? 198.

An solvenda legata in utroque relicta. 199.

An præferendum testamentum factum ad causam piam. eod.

An testatore à morte resuscitato rescinderetur testamentum, aliorum fundamenta. 200. *& seqq.*

Præfertur sententia negativa ex speciali ratione. 203.

An rumpatur testamentum per convalescentiam testatoris. 204.

193. DUBITATUR 1. Quomodo intelligenda sint verba legis 22. ff. de legatis. 3. quæ sic habent. [Nemo sibi legem potest dicere, ut à priori voluntate ei recedere non liceat.] Ratio dubitandi est. Quia potest quis juramento promittere hæredi scripto, se non revocaturum testamentum: quo casu esset perjurus revocando: ergo reddidit sibi revocationem illicitam. P. Molina respondet, legislatorem non esse locutum de Iuramento, de quo fortè non cogitavit: & si de hoc locutus esset, non esset illi standum, quia Iuramentum eum non tangit, sed Pontificem.

Verùm hæc responsio imprimis non declarat sensum legis. Deinde universim non est verum (ut benè notavit Lugo, & dicemus in tr. de Contractibus in genere) quòd Iuramentum nullo modo pertineat ad legislatorem civilem, potest enim legislator civilis aliquam promissionem ità prohibere, ut ne quidem Iuramento confirmari possit, ut in eodem loco declarabitur.

Aliter ergo respondet Card. de Lugo *L. 2. n. 26.* prope finem, legem loqui de obligatione aliqua civili, quã hæres ex pacto testatoris jus acquirat. Hujusmodi enim pacta dicunt Iura esse contra bonos mores. *L. stipulatio. ff. de V. O.* Sed reverâ lex illa non loquitur de hujusmodi pacto, quamvis fatear aliis legibus hujusmodi pacta non probari. Loquitur ergo lex illa de clausula derogatoria testamento adjecta, quam dicit pustea posse revocari, dummodo illius mentio fiat. Ut suprà exposui eaodem legem.

194. DUBITATUR 2. Utrum, pactum de non revocando testamento, juramento possit confirmari, ut ne quidem validè revocari possit. Ratio dubitandi est, quia, ut in eodem tract. dicemus, alii contractus, qui alioquin invalidi essent, possunt juramento confirmari, Imperatore ità statuente jure novo authenticorum. Ob hanc rationem negant aliqui validè posse revocari. Quibus videtur assentiri P. Vasquez *dub. 3. n. 15.*

Respondeodum tamen est cum communi & certa sententia, validam fore revocationem (adhibitis illis solennitatibus, quas à Iure Civili requiri superiùs enumeravimus) esto injustam, adeò quidem, ut hæres alius deinde institutus teneretur priori hæredi promissario restituere totum damnum, quod ex violatione pacti subiret, quia succedit in omnes obligationes testatoris, testator autem hanc obligationem contraxit per revocationem testamenti contra pactum juramento firmatum.

Ut autem ad rationem dubitandi respondeatur, distinguendum est inter pactum non revocandi, & inter ipsum testamentum, ejusdémque revocationem, adeoque voluntatem translativam hæreditatis ad alium, cui nihil promissum est. Non obstante ergo confirmatione illius pacti, & juris ad rem acquisiti promissario, potest revocatio ipsa esse valida, quia oecdum facta est translatio dominii, & per juramentum non est infirmata potestas traosferendi dominium in alium. Sicut qui venderet equum Petro (non secutâ traditione) cum juramento oon tradendi alteri

alteri, adhuc traditio alteri facta valeret, ſed eſſet injuſta.

Ex hac inſtantia patet, argumento Vaſquez nil plus non probari, quàm quòd non valeret promiſſio ſecunda, quâ quis contra priorem promiſſionem factam Petro, de non revocando teſtamento, promitteret Paulo ſe velle teſtamentum revocare: ſicut qui contra ſponſalia facta cum Anna vellet inire ſponſalia cum Maria, quæ non valerent: ſicut tamen valeret Matrimonium cum Maria, adeoque per prima ſponſalia non eſt inducta impoſſibilitas ducendi alium, ità per promiſſionem factam Petro non impeditur, quò minùs valeat revocatio teſtamenti.

Dices. Si promiſſarius de non revocando teſtamento, revocato tamen teſtamento, non ſuccedit ut hæres, & tamen hæres tenetur illi reſarcire damna, quid quæſo intereſt, hunc potiùs, quàm illum dici hæredem? ℞. Plurimùm intereſſe, nam hæres non tenebitur ſolvere legata in teſtamento revocato relicta (niſi & legatariis facta eſſet jurata promiſſio) ſicut teneretur ſolvere hæres promiſſarius, ſi hæres eſſet ex teſtamento.

195. Illud etiam advertendum eſt, quòd ſi Iuramentum ità conceptum eſſet, ut haberet vim clauſulæ derogatoriæ, adeoque inſertum eſſet teſtamento, ſe jurato teſtari quòd nolit valere teſtamentum poſterius, ſi quod facturus eſſet, quòd inquam tunc in poſteriore teſtamento deberet fieri mentio facti Iuramenti, juxta ea quæ ſup. dicta ſunt.

196. QUÆRES. An eodem modo hæres teneretur reſtituere hæreditatem illi cui Teſtator promiſerat, quòd illum vellet hæredem ſcribere, & deinde non ſtetit promiſſis. ℞. Negativè, quia leges improbant hujuſmodi promiſſiones, quibus aliquis ſibi manus ligaret, & neceſſitatem inferret non liberè teſtandi, ſi hæc promiſſio juramento firmata non eſt. Colligitur ex lege 61. *ff. de V. O. Stipulatio hoc modo concepta*: Si hæredem me non feceris, tantum dare ſpondes. *inutilis eſt, quia contra bonos mores eſt hæc ſtipulatio.* Quamvis autem hæc lex loquatur de promiſſione facta ad præcedentem ſtipulationem, & contra bonos mores ſit, tali ſtipulatione velle aliquem inducere ad inſtituendum ſe hæredem, nihilominus ex mente DD. videtur idem dicendum, etiamſi nulla ſtipulatio præceſſiſſet, quia acceptatio ultroneæ promiſſionis videtur æquè improbari ac ſtipulatio, quia eandem neceſſitatem inferret in conſcientia.

197. DUBITATUR 3. An Princeps poſſet alicui auferre poteſtatem revocandi teſtamentum factum, ſi quis ex certa cauſa hoc à principe peteret: v.g. ut hoc modo hæredi ſcripto ſplendidum matrimonium procuraret: vel ut ſe hoc modo excuteret ab importunis ſollicitationibus quorundam, &c. Negat Sanchez. ſed omnino affirmandum eſt cum Molina & Lugo. Ratio eſt. Quia Princeps poteſt aliquem omnino reddere inteſtabilem, adeoque poteſt facere, ut aliquis neceſſariò habeat hæredes ab inteſtato, & hanc ipſam ſucceſſionem pòteſt Princeps variare, ut patet ex dictis tomo præced. tract. ult. ergo etiam poteſt facere, ut teſtamentum confectum non poſſit revocari, ſed illi ſuccedant, qui hæredes ſcripti ſunt. Sic etiam, cùm leges ſtatuerint, ut per mutationem ſtatûs irritum fiat prius teſtamentum, ut ſuprà vidimus, potuiſſent utique leges ſtatuere, ut aliquis, qui jam teſtamentum feciſſet, deinde ſervus factus eſt, non poſſet quidem ampliùs teſtari, ſed tamen teſtamentum priùs factum valeret; ſicut de facto qui poſt factum teſtamentum profitetur in Religione, non poteſt ampliùs factum teſtamentum revocare.

Dices non apparet, quid differret tale teſtamentum à donatione inter vivos. ℞. Omnino plurimùm differret: quia hæres ante mortem teſtatoris nullum jus in re, imò nec ad rem haberet; unde ſi Princeps ad inſtantiam Teſtatoris poſtea hanc ipſam inhabilitatem relaxaret, & auferret, fieret teſtamentum iterum revocabile, abſque ulla hæredis injuria. Sic videmus Religioſos mendicantes per Tridentinum redditos eſſe capaces, ut poſſent bona ſtabilia & immobilia poſſidere, cùm priùs non poſſent.

198. DUBITATUR 4. Si reperiantur duo teſtamenta, ſed non appareat, quodnam eorum ſit altero recentius, quodnam ſuſtinendum ſit. Card. de Lugo *ſ.* 3. *n.* 47. dicit aliquos docere, utrumque valere, & dividenda eſſe bona, & hoc ait etiam tenere Molinam *d.* 153. *§. quando eàdem die n.* 15. Sed reverà Molina non dicit, utrumque valere, ſed potiùs contrarium: verba illius ſunt. *Tunc neutrum validum cenſeretur, ſed NB. hæreditas pertineret ad hæredes ab inteſtato, eo quòd utrumque illorum teſtamentorum habetur ſuſpectum.* Et hæc eſt recepta Iuriſtarum Sententia. Nihilominus benè addit P. Molina, in foro tamen conſcientiæ, imò & in exteriori, ſi certum eſſet, utrumque teſtamentum confectum eſſe à teſtatore ſanæ mentis, ſed dijudicari non poſſet, quod eorum prius, credo hæreditatem arbitrio prudentis dividendam, &c.] Hanc Molinæ doctrinam defendam inferiùs tr. ſeq. acturus de Incertitudine legatariorum, ubi ad fundamenta Iuriſtarum contrarium ſentientium reſpondebo.

199. Illud tamen in ſententia Iuriſtarum adhuc addendum eſt. 1. quòd ſi in utroque teſtamento legata eadem eſſent relicta, illa eſſent ſolvenda, quia quoad hæc conſtaret de mente teſtatoris, &, ut dixi, certum eſt, unum ex illis de jure quidem valere, ſed neutrum ſuſtineri ob defectum probationis.

Addendum 2. Si unum ex illis eſſet factum ad cauſam piam, illud eſſet ſuſtinendum, ob fa-

ob favorem causæ piæ, & quia præsumendum est, quòd testator illud non revocaverit, sed potiùs illud quod erat factum ad causas profanas.

200. DUBITATUR 5. An si testator bonis jam per aditionem hæreditatis hæredi scripto acquisitis, divinâ potentiâ resuscitaretur, ejusdem testamentum rescindi debeat, & bona ad ipsum reverti. Affirmant Iuris Interpretes uno ferè ore in legem: *nam ad ea 5. ff. de legibus.* ubi dicitur: *ad ea potiùs debet aptari jus, quæ & frequenter & facilè, quàm quæ perraró eveniunt.* & ità etiam sentit Iulius *Clarus q. 86.* qnibus subscribunt Theologi quos sequitur Malderus & Lugo. His omnibus tamen se opponit post Angelum Arnoldus Rath *ib. ult.* Utraque pars babet fundamenta speciosa, sed non convincentia.

201. Communis sententia probari solet primò per instantias. nam nativitate posthumi testamentum rumpitur: ergo multò magis ipsiusmet testatoris resurrectione rescindi debet. Item qui testituitur à pœna mortis per principem omnia bona recuperat: ergo longè fortiùs restitutus vitæ à principe cœlesti ea recipere debet, exceptis fructibus ab hærede bona fide consumptis, ut suo loco dictum est de possessore bonæ fidei. Sed hæc non stringunt. Nam casus bi non sunt metaphysici, & legislatores eos consideràrunt, illisque expressè ptoviderunt, non item casui resuscitationis, de quo ptoinde judicandum erit, sicut de quibusdam similibus postea referendis pro negativa sententia.

Probari solet 2. Quia ea videtur fuisse mens testatoris, ut seipsum omnibus aliis præferret: magis enim se diligebat, quàm suum hæredem, quem solùm loco sui succedere voluit, quodà fortiori procedet, quando mortuus est ab intestato, cùm ipse sibi sit omnium ptoximns. Ità Lugo. Sed bæc ratio non est efficax. Nam quòd homo possit de rebus suis disponere post mortem, est favor juris, ur suprà dictum. ergo cùm Ius non dederit facultatem transferendi dominium revocabile per resuscitationem, sed itrevocabile, talis etiam censeri debet fuisse intentio defuncti.

202. Sententia negativa affert etiam pro se instantias. Nam maritus non tenetur recipere uxorem à morte resuscitatam: imò nec, si vellet, eam posset recipete sine novo matrimonio. *1. ad Cor. 7. Si dormierit vir ejus, libera est, cui vult nubat.* Respondebnnt adversarii, dimissionem uxoris non fieri ex libera voluntate mariti, sicut fit translatio hæreditatis in hæredem. Verùm responsio hæc non est universalis. nam multi babent hæredes non à se liberè electos, ut patet. Meliùs ergo respondebitur, in matrimonio specialem esse causam, ob gravissima inconvenientia quæ alioquin sequerentur, & ideo lex divina aliter statuit.

Affertur 2. Alia instantia. Si Religiosus resuscitaretur, non restitueretur Monasterio, sed esset absolutus ab omni voto. Respondetur, hoc ideo futurum, quia intentio voventis ultrà se non extendit, quàm ad tempus vitæ.

Affertur tertia instantia. Si Franciscanus dispensatione Pontificis à votis absolveretur, illius testamentum aditione hæreditatis confirmatum vires retineret. ℞. Hanc esse petitionem principii, & hoc ipsum esset probandum, & non supponendum, quia est eadem difficultas, & licet testamentum aditione hæreditatis sit confirmatum, & habuerit effectum, non est tamen novum, quòd dominium alicui acquisitum sit revocabile, ut patet in dominio fructuum acquisito bonæ fidei possessori.

203. Ego tamen magis assentior sententiæ negativæ, ex hoc fundamento. Non est in potestate testatoris, reservare sibi Ius aliquod sub conditione resuscitationis in suis bonis: unde si nullum penitus nancisceretur hæredem, sed haberet bona, de quibus nemo scit, ad quem pertineant, v. g. abscondisset thesauros, omnia hæc bona per mortem illius fierent bona derelicta, & fierent primù occupantis: quodsi nemo ea occupâsset, tunc resuscitatus non hoc ipso esset eorum Dominus, nisi ea de novo occuparet. Sed non est operæ pretium in hac quæstione curiosa magis quàm utili immorari. Nam ad supremam potestatem pertineret statuere tunc ex æquo & bono, quid vellet resuscitato testitui: & pro casu improviso novâ tunc provisione opus esset.

204. DUBITATUR 6. An rumpatur testamentum per convalescentiam testatoris, si dixit, se velle valere hoc testamentum: si hoc morbo decesserit, secùs, se nolle valere. ℞. Testamentum absolutè non rumpi, sed ejus valorem manere suspensum, & ab eventu dependere: adeoque per se loquendo, si convalescat, judicabitur nunquam valuisse. Quodsi verò post convalescentiam diu superviveret, nec testamentum destrueret, putat Molina, *d. 151. n. 5.* recurrendum esse ad conjecturas, utrum illas particulas adjecisset solùm per modum causæ impellentis, & non per modum conditionis suspendentis valorem. hujusmodi conjectura esset ipsa retentio diuturna post convalescentiam: item si monitus ut faceret testamentum, diceret, se jam habere confectum. Illud mibi certum est, quòd si illam conditionem rancellaret, quòd tunc absolutè valeret. nam suprà dixi, quòd post confectum testamentum possit testator aliqua mutare, quæ serviant ad meliorem animi declarationem.

CA-

CAPUT IV.

DE PERSONIS, QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

105. REGULA generalis est, sicut in aliis Iudiciis prohibitoriis, seu in illis, quæ Juristæ dicunt esse de genere permissorum, omnes illos posse facere testamentum qui non prohibentur, aut ab ipsa natura impediuntur. Porrò, quicunque non possunt facere testamentum, non possunt etiam sua relinquere aliis per alias species ultimarum voluntatum; nempe non possunt facere Codicillos: nisi specialiter excipiantur. *Lege 6. §. 3. ff. de Jure Codicill. Codicillos is demum*, id est solùm, *facere potest, qui & testamentum facere potest.* neque legata, aut fideicommissa relinquere. *L. 2. ff. de Legatis. 1. Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi Ius habent.* neque mortis causâ donare, nisi excipiantur. *L. 1. §. 1. ff. de tutelæ & rat. distrah.* ibi. [Nam sicut testamenti factio pupillis concessa non est, ità nec mortis quidem causâ donationes permittendæ sunt.]

106. * Reducuntur autem Inhabiles ad testandum ad tres classes. Prima est eorum, qui ob defectum integri statûs prohibentur. quò etiam referri debent ex Jure Canonico Religiosi. Secunda est eorum, qui propter animi defectum, seu Iudicii & consilii imbecillitatem arcentur. Tertia eorum, qui ex corporis aut sensuum vitio, ac defectu impediuntur. Posset addi quarta classis eorum, qui spectatâ personæ conditione simpliciter testabiles sunt, est tamen illis adempta potestas, quoad certam materiam intuitu materiæ, ut sunt Clerici.

CONTROVERSIA I.

Quousque Servus, aut ab hoste captus testari non possit.

SUMMARIUM.

Cur Servus testari non possit. 207.
An consentiente Domino. eod.
An servus possit relinquere fideicommissum in tempus secuturæ manumissionis. 208.
Quinam capti ab hoste non possint condere testamentum. 209.
Si ante captivitatem facto testamento, in captivitate faciat Codicillos, an & hi sustineantur. 210.
Quid in hoc puncto hodie observetur quoad captos à Turcis. 211.
An possint testari Obsides, dum sunt in obstagio. eod.
An illi etiam, qui de statu libertatis dubii sunt. 212.

207. SErvum propriè sumptum non posse testari, facilè intelligitur ex eo, quia facultas testandi conceditur solommodo civibus Romanis *l. 1. ff. ad Falcidiam.* ibi. *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem testamentum facere volet.* atqui servus non est civis Romanus, nec Iuris civilis communionem habet *l. 20. §. 7. ff. h. t. Servus quoque meritò ad solennia adhiberi non potest, cùm juris civilis communionem non habeat.* Aliam rationem dant alii, quia Servus non habet aliquid in bonis. Hæc tamen ratio secundùm se non probat intentum. Nam subtiliores Iuristæ multùm disputant, an possit testamentum facere, qui nihil in bonis habet, & communi ferè calculo affirmant. Sanè ratio hæc non probat, quò minùs servus posset testamentum facere in servitute, de bonis acquirendis ante mortem: nisi ergo status obstaret, carentia bonorum sola non obstaret.

Hinc legitimè infertur 1. ne quidem consentiente domino factum à servo testamentum valiturum esse. Nam quando quis jure publico prohibetur, & inhabilis redditur ad aliquem actum celebrandum, nullius privati consensus (præsertim si non in ejus utilitatem prohibitus est) potest actum validare, nisi hæc ipsa ratio validandi expressè à Iure vel consuetudine approbetur, ut in pluribus materiis dictum, & adhuc dicendum est.

208. QUÆRITUR, an servus possit relinquere fideicommissum, ità ut talis actus in servitute factus effectum habeat, si postmodum manumittatur, absque novo actu. Ratio dubitandi est, quia, ut dictum, qui non potest testari, nec fideicommittere potest. Nihilominus affirmandum est per *l. 1. §. 1. ff. de legatis. 3.* ibi. [Si tamen manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fideicommissum relictum vide-

ri, quasi nunc datum, cùm mors ei contingit, videlicet si duraverit voluntas post mortem.]

209. Infertur 2. Captivos, qui à tali hoste capiuntur, ut servi fiant (quod inter Christianos non est) hoc ipso dum sunt in captivitate, non posse testari, & habetur §. *F. J. h. t.* Neque tale testamentum convalesceret, si ab hoste redirent, quia in condendo testamento spectatur initium, quod si vitiosum sit, non convalescit. *eod.* §. Si tamen priùs in civitate testamentum fecisset, & deinde à captivitate rediret, vel in captivitate moreretur, valeret. *eod.* §. qui sic habet. [Ejus qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet Iure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.] Non quasi leges tollant servitutem, sed quia fingunt, vel nunquam captum fuisse, vel ante captivitatis instans decessisse.

210. QUÆRITUR 1. Utrum, si ante captivitatem testamentum fecit, deinde in captivitate codicillos fecit, an & hi sustineantur. ℞. Si in captivitate mortuus fuerit, ideo non sustinebuntur sicut testamentum lege Cornel. quia hac lege fingitur decessisse antequam codicillos fecerat. si verò reversus fuerit, valebunt, ut habetur *L.* 12. §. 5. ibi. [Codicilli quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur, Iure subtili, confirmati testamento, quod in civitate fecerat: sed nec fideicommissum ex his peti potest: quia non sunt ab eo facti, qui testamenti factionem habuit, sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, id est, in testamento confirmatio codicillorum, & is postea reversus est, & postliminio jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ità suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset.] Mirum tamen videri potest, quòd hujusmodi Codicilli opus habeant confirmatione per testamentum priùs factum, cùm tamen servus in servitute possit fideicommittere in eventum manumissionis, ut paulò antè dictum est.

211. QUÆRITUR 2. An ea quæ dicta sunt, hodiernis motibus adhuc obtineant saltem in illis, qui in Turcarum captivitatem veniunt. ℞. 1. Si Constitutiones Leoninæ vim habeant corrigendi leges anteriores (quod tamen dubium est) tunc captivi testamenti factionem habent ex Nov. 40. Leonis. Cujus rubrica est. *Vt captivi testamenti factionem habeant.* ℞. 2. Imò probabilis est Juristarum quorundam opinio, inter quos Arnold. Rath *th.* 31. testamenta, quæ Christiani apud Turcas, Sarracenos, aliósque infideles juxta eorum leges & statuta condiderunt, apud nos de consuetudine pro justis reputari, & ad effectum esse perducenda: quia probabile est, tales à Christianis non censeri esse servos, nec Reipublicæ Christianæ convenire, præter ipsam captivitatis afflictionem, aliam adhuc addere afflictis.

Quod de Captivis dictum est, etiam de obsidibus, quamdiu in obstagio detinentur dicendum est. Nam etsi jure communi non possent testari sine Principis gratia. *l.* 11. *ff. h. t.* non credo tamen eos pejoris conditionis esse debere, quàm sint captivi.

212. Qui de statu libertatis suæ dubitant, dubio negativo, hoc est, non habent probabilem rationem judicandi se esse liberos, non possunt testari. *l.* 15. *ff. eod.* *De statu suo dubitantes, vel errantes testamentum facere non possunt.* Sed credo casum difficulter in praxi occursurum, ut desit omnis probabilitas libertatis. Sanè hoc ipso quòd quis non probetur esse servus, habet probabilitatem, & præsumptionem pro se, quòd sit liber, nisi fortè certum sit servum fuisse, & sit quædam suspicio, neque tamen probabilitas, quòd sit manumissus, sed, ut dixi, hi casus erunt ex rarissime contingentibus.

Excipiuntur milites dubii de suo statu. *l.* 11. §. 1. *ff. de milit. test.* Sed & hoc, ut apparet, inter Christianos exiguam habet utilitatem.

CONTROVERSIA II.

Quousque Religiosi Professi testari possint.

SUMMARIUM.

QVi Religiosi sint intestabiles. 213.
An testamentum ante professionem factum professione firmetur. 214.
Limitatio Bartoli quoad illum, qui de ingressu non cogitavit, rejicitur. 215.
An aliquid sit immutatum per Tridentinum. 216.
Quid in hoc puncto circa Institutum Societatis Iesu Tridentinum noluerit immutare. 217.
Dispositio conditionata sub conditione secuturæ professionis, repugnat Constitutionibus ejusdem Religionis. eod.
Quid si professus ante professionem non disposuit, quid possit circa liberos. 218.
An posset unum filium alteri præferre. eod.

DE his videri possunt, quæ tomo. 1. tract. 4. dicta sunt circa dominium Religiosorum, & ideo nunc breviùs expedienda.

213. Religiosi Professi professione solenni (quod idem est de illis, qui in Religione Soc. Iesu ultima vota ediderunt, omnisque dominii incapaces redditi sunt, dum in Religione permanent) regulariter non possunt condere testamentum. *can. quia ingredientibus.* 19. *q.* 3. [Quia ingredientibus monasterium convertendi gratiâ, ulteriùs nulla sit testandi licentia, sed res

eorum

eorum ejusdem Monasterii juris fiant, apertâ legis definitione decretum est.] Idem habetur in Iure Civili. Nov. 76.

Excipiuntur tamen Professi Ordinum Militarium, quibus, vel Iure, vel consuetudine, est concessum; de quibus quia Ius commune nihil habet, & pro his partibus parùm servire potest, abstineo plura dicere. Videatur Dicastillo *dub. 13. de test. à n.* 228.

214. Quod si quis ante professionem testamentum condidit, sive in sæculo, sive in Novitiatu, sive post Novitiatum ante ultima vota, illud per Professionem non rumpitur, sed potiùs ità firmatur, ut revocari ampliùs non possit: & quoad hunc effectum Professio est mors civilis: non tamen semper quoad alterum effectum, ut scilicet hæres scriptus statim adire hæreditatem possit. Distinguendum enim est inter Religiones capaces bonorum in communi, successionisque capaces, & alias non capaces. Nam factâ professione in prioribus hæreditas non devolvitur ad hæredem nisi post mortem naturalem testatoris, & interim Monasterium fruitur bonis, sicut frueretur ipse testator, si professus non esset. In cæteris bona statim devolvuntur ad hæredem.

215. Huic doctrinæ ex parte se opponit Bartolus in *auth. si qua mulier. C. de SS. Eccles.* putat enim rumpi testamentum per professionem illius, qui dum faceret testamentum, necdum cogitabat de ingredienda Religione. Ratio illius est, quia præsumitur voluntatem mutâsse. Et hanc sententiam dicit esse communem Covarruvias, cui parùm abest, quin ipse Covarruvias consentiat.

Contrarium omnino dicendum est, quod post alios tenet Julius Clarus *q.* 28. & P. Molina *d.* 139. *n.* 19. & probatur. 1. Ex contraria præsumptione: quia hoc ipso quòd longo tempore non revocaverit, præsumitur in eadem voluntate perstitisse. Probatur 2. & meliùs ex eo, quia ad rumpendum testamentum legitimè confectum, non sufficeret nuda mutatio voluntatis, sed debent intervenire ea quæ præcedente capite diximus à Iure requiri ad rumpendum testamentum: nisi ante ingressum diceret, se omnia sua Monasterio offerre: tunc enim favore causæ piæ censeretur prius testamentum sufficienter revocâsse.

216. QUÆRET hìc aliquis. An circa hæc quæ dicta sunt, aliquid immutatum sit per Trid. *sess.* 25. *decr. de Regul. c.* 15. dum præscribit modum disponendi de rebus ante ingressum. ℞. Negativè, solùm enim loquitur de dispositione inter vivos. Sunt autem illius Decreti verba notatu dignissima, quæ quia quidam Iuris Alumni, vel ignorant, vel advertunt, ineptè satis tricantur de valore dispositionum hujusmodi. Verba autem Tridentini sunt hæc. [Nulla quoque renuntiatio, aut obligatio antè facta, etiam cum juramento, vel in favorem cujuscunque causæ piæ valeat, nisi cum licentia Episcopi, vel sui Vicarii fiat intra duos menses proximos ante professionem; ac non aliàs intelligatur effectum suum sortiri, nisi secutâ professione, aliter verò facta, etiamsi cum hujus favoris expressâ renuntiatione etiam jurata, sit irrita, & nullius effectûs. Finito tempore Noviciatûs superiores Novitios, quos habiles invenerint, ad professionem admittant, aut à Monasterio eos ejiciant. Per hæc tamen NB. Sancta Synodus non intendit aliquid innovare, aut prohibere, quin Religio Clericorum Societatis Iesu, juxta pium eorum Institutum, à Sancta Sede Apostolica approbatum, Domino & ejus Ecclesiæ servire possint.] Hactenus Tridentinum.

217. Quod autem in Religione Societatis Iesu noluit innovare Concilium, hoc est. Novitii nostri ante ingressum quidem in Novitiatum, statuere possunt de omnibus suis bonis temporalibus pro suo arbitratu: postquam verò Novitiatum fuerint ingressi, non aliter de illis possunt disponere, quàm vel in pia opera pro suo arbitrio ac devotione, vel si quid consanguineis conferendum judicaverint, interveniente judicio duorum, quos ipsi ad id elegerint, & Superior approbaverit. Statim autem ac Novitiatum ingrediuntur, simplici promissione debent promittere, elapso primo probationis anno, quandocunque à Superiore id eis fuerit injunctum, se de illis prædicto modo promptè & plenè dispositurus, *omnem à se fiduciam* (ut Constitutiones exprimunt) *semovendo, eadem bona ullo tempore recuperandi, idque ad majorem sui firmitatem & meritum.*

Pergit deinde Tridentinum. [Sed neque ante professionem, excepto victu & vestitu Novitii, vel Novitiæ illius temporis quo in probatione est, quocunque prætextu à parentibus, vel propinquis, aut Curatoribus ejus, Monasterio aliquid ex bonis ejus tribuatur: ne hac occasione discedere nequeat: quòd totam vel majorem partem substantiæ suæ Monasterium possideat, neque facilè, si discesserit, id recuperare possit. Quin potiùs præcipit sancta Synodus sub anathematis pœna, dantibus, & recipientibus, ne hoc ullo modo fiat, & ut abeuntibus ante professionem omnia restituantur, quæ sua erant. quod ut rectè fiat, Episcopus etiam per censuras Ecclesiasticas, si opus fuerit, compellat.] Et hæc de illis Religionibus procedunt, quæ statim post Novitiatum ad professionem admittunt, quâ Professi omnis dominii incapaces fiunt.

Quod suprà dictum est, posse Candidatos Societatis ante ingressum disponere validè in quascunque causas (ut tradunt P. Mol. *to.* 1. *d.* 139. §. *Novitii.* Lessius *lib.* 2. *c.* 41. *dub.* 4. *n.* 41. aliique nostri DD.) intelligendum est de dispositione absoluta. Nam de dispositione factâ sub con-

conditione secururæ professionis, reservato jure recuperandi, potiùs cum P. Laymanno *sect. 5. c. 7. n. 9.* dicendum est, eam repugnare Constitutionibus Societatis JESU. *c. 4. exam. gener. n. 1. & 2.* ubi præcipitur, quòd ingressurus Societatem antequam in domo aliqua, vel Collegio sub obedientia vivere incipiat, secundùm consilium Christi *Matth. 19. Si vis perfectus esse, vade, vende quæ habes, & da pauperibus, & sequere me*: Omnia bona temporalia dispensare debeat, juxta propriam devotionem, & à se omnem fiduciam submovendo eadem ullo tempore recuperandi. Et quamvis P. Layman non exprimat, an conditionata dispositio esset ipso Iure nulla (sicut esse nullam tenet idem Auctor quoad hujusmodi renuntiationem factam à Candidatis aliarum Religionum, contra Molinam d. 149.) quòd tamen sit inefficax & revocabilis, claré deducitur ex eo, quòd elapso anno primo probationis, teneatur, exigentibus Superioribus, Novitius facere dispositionem absolutam, & penitùs irrevocabilem. Sed hæc ad tractatum de Religione spectant. Videatur P. Tanner to. 3. disp. 6. q. 3. d. 6. n. 204. Redeundo nunc eò unde digressi sumus.

218. Quodsi Professus ante Professionem de rebus suis non disposuit, & liberos habet, conceditur ei tanquā administratori distributio suorum bonorum inter liberos. Quodsi liberos non habet, habet tamen ascendentes, jure communi debet illis legitimam. de quo dictum est aliquid priore tomo, & huc non pertinet. Habetur in Auth. *si qua mulier. C. de SS. Eccles.* quæ est usu, & Ecclesiæ consensu approbata. [Si qua mulier, aut vir, liberis non exstantibus Monasticam vitam elegerit, & Monasterium intraverit, Monasterio res eius competere jubemus(*quod intelligendum de Monasteriis successionis capacibus*) sed si persona liberos habens, antequam de rebus suis inter eos disponat, Monasterium intret, liceat ei postea inter eos dividere, legitimâ nulli diminutâ: & quod eis non dederit, Monasterio competet: sed si omnem substantiam inter eos filios dividere voluerit suâ personâ filiis connumeratâ, partem sibi retineat, quæ Monasterio competere debet, sed si post ingressum Monasterii moriatur, antequam inter eos dividat, filii legitimam percipient, reliquâ substantiâ Monasterio competente.]

Ex quibus verbis rectè infert Suarez *to. 3. de Relig. lib. 8. c. 16.* & ex eo Dicastillo *lib. 2. tr. 19. d. 1. dub. 13.* Posse patrem in hujusmodi dispositione unum filium alteri præferre, dummodo quivis legitimam consequatur, & partem proportionatam pater sibi, seu Monasterio reservet.

Disputant hîc ad longum Theologi, ut Suareû, Molina, Dicastillo, quousque possit Pontifex cum Religioso dispensare, ut testetur ad causas pias: & ratio dubitandi est, quia nemo potest testari de rebus alienis. Nihilominus certum est, posse fieri talem dispensationem. quia bona non sunt simpliciter aliena, sed Communitatis, cujus Professus est pars. Verùm de hac potestate dispensandi disputare, est alienum à præsenti instituto.

CONTROVERSIA III.

Quinam ex defectu Statûs proveniente ex delicto, testari non possint.

SUMMARIUM.

Discrimen inter Deportatos & Relegatos. 219.
Damnati inter quos numerandi. 220.
Damnatorum pœnâ capitali testamentum quando valeat. 221.
Quid Iure Codicis, & Novellarum obtineat. 222.
An testari possint ad perpetuos carceres condemnati. 223.
Excommunicati in quibus casibus non possint testari. 224. 225.
Vsurarius an possit testari. 226.
An cui bonis interdictum. eod.
An qui ob libellum famosum damnatus est. eod.
An Hæretici. 227.

219. PRimò distinguendum est inter Deportatos, & Relegatos. Deportatorum loco hodie illi veniunt in Imperio, qui ultra quatuor Imperii sylvas mittuntur. Hi ergo adeo testari non possunt, ut ne quidem cum testamento priùs condito decedere possint. *L. 8. §. 2. ff. h. t. In Insulam deportati in eadem causa sunt.* Ratio est, quia Ius civis Romani amittunt.

Relegati verò, sive ad tempus, sive in perpetuum, sicut retinent alia Iura civilia, ità & facultatem testandi: unde & liberos retinent in patria potestate. Ibid. §. 3. *Sed Relegati in Insulam, & in quibus terrâ Italicâ & suâ Provinciâ interdicitur, Testamenti faciendi Jus retinent.*

220. Banniti à Principe inferiore inter Relegatos potiùs, quàm Deportatos numerandi sunt. Nam etsi non possint testari speciali modo in illo loco constituti, unde proscripti sunt, possunt testari Iure communi: quæ est sententia communis post Bartolum; quamquam Julius Clarus, q. 19. si eum benè intelligo, videatur contrarium tenere, quòd etiam posset testari juxta morem loci, unde bannitus est. Verùm in hoc consulenda est consuetudo.

221. Majus dubium est circa damnatos pœnâ capitali. & quidem si testamentum faciant ante latam sententiam, etiamsi Confessi, aut convicti sint, & decedant ante sententiam (idem est, si à sententia appellârunt, & moriuntur, antequam ultimò condemnentur) tunc conveniunt DD. quòd

quòd testamentum sustineatur, quia non delictum, sed sententia de numero civium Romanorum eximit. Controversum est, utrum post sententiam possint testari. Affirmativam tribuit Casparus Manzius n. 36. Julio Claro, citans q. 29. ubi nihil invenio de condemnatis, sed de Monachis: est ergo error Typographi. Agit quidem Clarus de damnatis q. 19. n. 2. sed ibi lego sententiam negativam: *& tunc talis per condemnationem jam effectus est intestabilis, tanquam servus pœnæ.* Idem repetit *q.* 21. ubi *n.* 2. limitat hoc modo. Si talis ex manibus Iudicum effugerit, tunc est quidem intestabilis in illo territorio, in quo fuerat condemnatus, & quoad bona intra illud territorium existentia: sed quoad bona extra illud territorium existentia, talis sententia non redderet illum intestabilem. Imò idem Julius Clarus *q.* 5. *n.* 6. negat talem posse testari etiam ad causas pias. Citatur etiam apud eundem VVesenbecius *in parat. n.* 15. *ff. h. t.* Sed & iste disertis verbis negat hujusmodi posse cum testamento decedere. Verùm quidquid sit de Auctoribus, certum est, jure Digestorum tales esse intestabiles *l.* 8. §. 4. *ff. h. t.* [Hi verò qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonáque eorum publicantur, unde apparet, amittere eos testamenti factionem.]

222. Sed dubium est, an idem adhuc obtineat de Iure Codicis & Novellarum. Ratio dubitandi est, quia neque libertas, neque bona hodie damnatis adimuntur. *Nov.* 22. *cap.* 8. ibi. *Et nullum ab initio benè natorum ex supplicio permittimus fieri servum.* Nihilominus ex communi DD. sententia dicendum est, tales esse intestabiles, sicut sunt deportati, etiamsi non fiant servi: sufficit, quòd amittant jus civitatis, adeoque quoad hoc jus antiquum non est correctum, sed in suo robore manet.

Unde si talis non habeat liberos, nec parentes, nec laterales usque ad tertium gradum, illius bona fisco adjudicantur, & fraus fisco fieret, si damnatus ultimo supplicio, posset sua bona aliis pro libitu relinquere. arg. *Nov.* 134. c. *ult.* ibi. [Sancimus, eos qui in criminibus accusantur, in quibus leges mortem, aut proscriptionem definiunt, si convincantur, aut condemnentur, eorum substantias non fieri lucrum Iudicibus, aut eorum officiis; sed neque secundùm veteres leges fisco eas applicari, sed si quidem habeant descendentes, & ascendentes, usque ad tertium gradum eos habere. Si verò neminem prædictorum habeat, qui deliquit, tunc fisco sociari ejus substantiam. *Subjungitur exceptio.* In Majestatis verò crimine condemnatis veteres leges servari jubemus.] Nempe bona confiscantur omnibus exclusis, ut dictum *tomo.* 1. *tr. ult.*

223. Secundò. qui ad perpetuos carceres, non per modum custodiæ, sed pœnæ condemnati sunt, testari non possunt: quia pro civiliter mortuis, & deportatis similes habentur. Hanc sententiam fatetur Julius Clarus esse communem *q.* 23. sed sibi semper displicuisse, quia de Iure communi nemo punitur pœnâ carceris perpetui. Cæterùm, quia de consuetudine hæc pœna potest imponi, imò & jure Canonico. c. *commissa de hæret. in* 6. ideo eâdem consuetudine videtur hæc pœna secum inducere intestabilitatem.

224. Tertiò. Excommunicati in specialibus casibus prohibentur testari, v. g. si sint excommunicati propter cædem Cardinalium. *c. fin. de pœnis. in.* 6. ibi. [Sancimus, ut si quis deinceps in hoc sacrilegii genus irrepserit, quòd S. R. E. Cardinalem fuerit hostiliter insecutus, vel percusserit, aut cœperit, vel socius fuerit facientis, aut fieri mandaverit, vel factum ratum habuerit, aut consilium dederit, vel favorem, aut postea receptaverit, vel defensaverit scienter eundem, &c. sit intestabilis, &c.] Hæc tamen intestabilitas non inducitur ratione excommunicationis, sed ratione talis delicti, tanquam criminis læsæ Majestatis, ut patet ex contextu.

225. De Excommunicatis ergo in genere loquendo, communissima sententia est, eos posse testari, quia nullo jure prohibentur. Huic sententiæ se opponit Fachineus. *lib.* 5. *C.* 88. *post glossam, & Hostiensem.* Et ad fundamentum commune respondet, licèt non expressè prohibeantur, implicitè tamen prohiberi, ex eo, quòd excommunicatus à fidelium communione exclusus sit. Et hoc tandem est unicum fundamentum Fachinei, nempe si liceret illi facere testamentum, hoc ipso liceret illi communicare cum testibus, & Notario. Atqui hoc non licet. Ergo nec illud.

Ad argumenta communis sententiæ benè respondet Fachineus, & ideo illis non utor. Quod verò me maximè movet, ut adhæream communi sententiæ, nec ab aliis affertur, est hoc: Excommunicatio est pœna medicinalis, tendens unicè ad emendationem rei: atqui intestabilitas, quæ, per se loquendo, solet esse stabilis, non inducitur per modum medicinæ.

Fundamentum Fachinei prorsus inefficax est, & facilè solvitur ex illo vulgari: *Multa prohibentur, quæ tamen facta tenent.* Est quidem excommunicato prohibitum convocare testes: sed si hoc faciat, non propterea actus est invalidus. Sicut est prohibitum ante denunciationes celebrare Matrimonium coram Parocho & duobus testibus: si tamen hoc fiat, valet. Præterea hoc argumento non probatur, quòd non posset testari inter liberos, vel ad causam piam. Præterea argumentum probaret, quòd etiam ille fieret intestabilis, qui injustè excommunicatur: quia talis debet se exteriùs gerere pro ex-

communicato. Nihil ergo attulit Fachineus, quo communem sententiam evertat.

226. Quartò, reprobatur testamentum Usuratij Notorii, nisi cautionem satisfactionis præstiterit. *C. fin. de usuris. in 6. in fine.* [Nullus manifestorum usurariorum testamentis interfit, aut eos ad confessionem admittat sive ipsos absolvat, nisi de usuris satisfecerint, vel de satisfaciendo pro suarum viribus facultatum præstent idoneam cautionem. Testamenta quoque aliter facta non valeant, sed sint irrita ipso jure.]

Quintò. Cui bonis interdictum est h. e. Prodigo, testamentum post interdictionem factum non valet. *l. 18. ff. h. t.* ibi. *Quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit.*

Sextò. [Si quis (*ibid.* §. 1.) ob carmen famosum damnetur, senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit. Ergò nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.]

227. Septimò. Hæretici in illis locis, ubi non tolerantur, intestabiles sunt. *L. Manichæos. & Auth. Credentes. C. de hæret.* [Credentes præterea, Receptatores, defensores, & fautores hæreticorum damnamus, firmiter statuentes, ut si postquam quilibet talium fuerit excommunicatione notatus, satisfacere contempserit intra annum: ex tunc ipso jure sit infamis, &c. Sit etiam intestabilis. &c.] *C. excommunicamus. t. de hæret. §. credentes.* ubi tota auth. confirmatur.

Octavò. Non valet testamentum illius, qui accusatos de crimine publico, ipse sibi mortem conscivit, ut supplicium anteverteret. *l. 6. §. 7. ff. de injusto rupto.* ibi. [Nam eorum qui mori magis, quàm damnari maluerunt, ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt.] Ratio est, quia sicut reorum criminis læsæ Majestatis, ità & horum bona confiscantur.

CONTROVERSIA IV.

Quousque Filiusfamilias testari non possit.

SUMMARIUM.

Filiusfamilias an cum consensu patris possit testari de bonis adventitiis ad causam profanam. 228.
An ad causas pias. 229.
An de bonis Castrensibus etiam sine consensu patris. 230.
An Clericus factus de bonis acquisitis post Clericatum. 231.
An de illis bonis adventitiis in quibus pater usumfructum non habet. 232.
Intellectus legis ultimæ §. 5. v. Filiis autem. *C. de bonis quæ liberis. eod.*
Intellectus Novellæ. 117. *c.* 1. 233.
An quod dictum de Clerico, procedat etiam in habente 4. minores ordines. 234.
An in testamento ad causas pias valeant legata profana. 235.

Filiusfamilias, quia subest patriæ potestati, censetur etiam non habere statum integrum, & ideo hoc loco de eo agendum est. Et

228. DICENDUM. 1. Filiusfam. non potest, ne quidem cum consensu patris, testari de bonis adventitiis ad causas profanas, in quibus pater usumfructum habet. *Inst. pr. h. t.* ibi. *adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint. l. 3. §. 1. C. eod. Filium autem qui in potestate est, testamentum facere non posse, indubitati juris est.* Hæ leges ad minimùm accipiendæ sunt de bonis, in quibus pater usumfructum habet, an etiam de cæteris, est dubium, ut dicetur.

229. DICENDUM 2. Potest tamen filius, consentiente patre testari de illis etiam bonis quoad proprietatem ad causas pias. *arg. C. licet. §. ult. de sepultur. in 6.* ex quo hoc per argumentum à contrario sensu colligitur à DD. præsertim VVadingo, Dicastillo. ibi. [Quamvis autem filiusfamilias absque patris assensu sibi possit liberè eligere sepulturam, pro anima tamen sua præter ipsius assensum (nisi peculium castrense, aut quasi castrense habeat) aliquid judicare non potest.] ubi *judicare* idem est, ac *testari*, nam testamentum dicitur ultimum judicium. Antonius Perez hujus rationem reddit; ideo voluntatem filii ex assensu patris in causa pia servandam esse, ne pia causa sentiat detrimentum ex dispositione juris civilis. Sed hæc ratio nimium probat. Sic enim deberet etiam sine consensu patris posse ad causas pias testari: nam quòd hoc non possit, provenit à Iure civili.

230. DICENDUM 3. De bonis castrensibus potest testari etiam non requisito consensu patris. *Inst. pr. h. t.* ibi. [Et præcipuè militibus exceptis qui in potestate parentū sunt, quibus de eo quod in castris acquisierunt, permissum est testamentum facere.] Idem dicendum de bonis quasi castrensibus. Ratio, quia in his bonis pro patrefam. habetur.

231. DICENDUM 4. Filiusfam. Clericus factus, potest testari de illis bonis quæ post assumptum Clericatum acquisivit propriâ industriâ, vel à consangoineis, aut alio modo, loquendo de bonis non Ecclesiasticis, seu reditibus Ecclesiæ (de his enim est infrà dicendum.) Ratio est, quia talia bona habentur pro quasi castrensibus in Clericis, quæ in aliis essent adventitia. *l. 34. C. de Episc. & Cleric.* ibi. [Sacrosan-

crosanctæ Orthodoxæ fidei Episcopi atque Presbyteri, Diaconi quoque, qui semel probatis moribus, integritate castissimâ, ad hunc gradum meruerint pervenire, ea quæcunque in eodem clericatûs gradu locove viventes acquirere & habere potuerint, etiamsi in potestate constituti sint, & adhuc superstites habeantur, tanquam bona propria vindicent: de his eis testandi, vel donandi, &c. Liberâ facultate concessâ.] Hæc certa.

231. DUBITATUR 1. An filius etiam prohibeatur testari de illis bonis adventitiis, in quibus pater usumfructum non habet: hujusmodi bona sunt, si v. g. filio relictum sit hac lege, ut nec usufructus ad patrem perveniat. *auth. excipitur. C. de bonis quæ lib.* Si filius unà cum patre succedat fratri, & similibus, de quibus *10. præced. tr.* 4. Ratio dubitandi est, quia in talibus habet plenum dominium: atqui de ratione pleni dominii est, posse de re pro libitu disponere. Ergo, &c. Verùm hæc ratio dubitandi facilè solvitur ex dictis circa definitionem dominii, nempe subintelligendum esse: *nisi lege prohibeatur.* Porrò dicendum & respondendum est ad dubitationem, affirmativè, quæ est communis Theologorum æquè ac Juristarum. Ratio non potest esse alia, quàm quia de illis omnibus bonis non potest testari, respectu quorum non habetur à Iure ut paterfamilias. Atqui respectu bonorum adventitiorum non habetur ut paterfamilias, etiamsi tam proprietas, quàm usufructus ad eum pertineat. Ergo, &c.

Huic tamen communiter receptæ sententiæ objici posset. 1. Ex lege ult. §. 5. v. *filiis autem. C. de bonis quæ lib.* ubi videtur dici, filiosfam. tantùm in illis rebus, in quibus pater usumfructum habet, testati non posse. Verba sunt. [Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus usufructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus.] Ad hoc respondent Anton. Perez. & Casp. Manzius, ex Mynsingero, in ista lege verbum *duntaxat*, adjectum esse propter bona castrensia & quasi castrensia: nam tunc temporis quando ista constitutio facta fuit, extra casum bonorum castrensium & quasi, unus tantùm erat, quo patri non acquirebatur usufructus, nempe si filius citra consensum patris hæreditatem adiisset, ut habetur in ead. lege. & quia casus ille non erat notabilis, lex est intelligenda de omnibus bonis adventitiis.

233. Objici potest. 2. Ex Novellla 117. C. 1. ubi dicitur. *Filiofamilias de eo cujus patri non quæritur usufructus, licet disponere quomodo vult.* Ergo licet testari. Ad hoc respondent iidem ex Mynsingero, & Duareno, hoc intelligendum esse de dispositione, non testamentaria, sed de facultate inter vivos administrandi, & hoc colligunt ex græco textu. Sensus ergo est, filiumfam. bona sua administrare posse, modò perfectæ sit ætatis, hoc est major viginti quinque annis: sin minor, alius ejus bona administrabit. Et nisi hæ responsiones admittantur, non poterunt hi textus conciliari cum textu *Inst. h. t. paulò antè* §. 1. ubi dicitur. [Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. Testamentum fecerit, inutile est, licèt suæ potestatis factus decesserit.]

Textus verò omnium clarissimus mihi videtur esse in lege pen. C. h. t. [Nemo ex lege quam nuper promulgavimus, in rebus quæ parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, aut permissum esse filiisfam. cujuscunque gradûs, vel sexûs Testamenta facere, sive sine patris consensu bona possideant, secundùm nostræ legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. (*Vides quòd nec liceat testari de illis bonis quæ filius obtinet sine consensu patris per aditionem hæreditatis, in quibus pater non habet usumfructum?*) nullo etenim modo hoc eis permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quæ filiisfam. nisi in certis casibus, nempe bonorum Castr. & quasi: testamenta facere nullo modo concedit.] Hic textus, unà cum auctoritate Interpretum mihi communem sententiam persuadet.

234. DUBITATUR 2. An, quod dictum est de Clericis suprà, Conclus. 4. etiam procedat in eo, qui habet tantùm Ordines Minores, aut primam Tonsuram. Ratio dubitandi est, quia authentica ibi adducta, tantùm loquitur de Presbyteris, Diaconis, Cantoribus, & Lectoribus. Ideo aliqui negant ulteriùs extendi. Sed Covarruvias cum quibusdam extendit etiam ad habentes primam Tonsuram. quod ipsum tamen meritò limitat P. Molina ad illos, qui vel habent Beneficium Ecclesiasticum, vel gaudent privilegio fori secundùm Trid. *sess.* 23. *c.* 6. *de Reform.* Idem Molina (quem sequitur Dicastillo n. 245.) censet, filium habentem administrationem patrimonii, ad cujus titulum est ordinatus, quantumvis à patre acceptum, posse de illo testari, sicut de aliis bonis quæ post Clericatum acquisivit.

235. DUBITATUR 3. Si filiusfamilias testamentum fecit ad causas pias, & in eo miscuit legata ad causas profanas, an valeant? Respondet Julius Clarus *q.* 5. *n.* 9. & sequitur Molina, talia legata nihil valere: addit deinde, ea tamen non accrescere ipsi piæ causæ, sed pertinere ad hæredes ab intestato, & in hoc ait neminem discordare. Sed, obsecro, quare non accrescunt hæredi instituto? nunquid non potest paganus partim testatus partim intestatus decedere? hoc sanè fieret in hoc casu. nam illa legata non ut legata, sed ut pars hæreditatis venirent ad hæredes ab intestato. Unde jure merito discordat P. Dicastillo n. 249. quamvis nullam adducat ratio-

nem. Sed non potest esse alia ratio, quam jus accrescendi ex eo capite, quòd nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere possit. In hoc tamen P. Dicastillo nō placet, quod addit his verbis: [Quando autem testamentum fit ex solis legatis piis, sine hærede, admixtis legatis profanis, tunc vera est doctrina Clari, & Molinæ.] Hoc nescio quomodo dixerit: nā de essentia testamenti est institutio hæredis: quomodo ergo potest fieri ex solis legatis? solùm ergo in vim Codicilli sustineri posset. & tunc hæredes ab intestato solverent legata pia, non item profana. nisi & hæc ità conjunctìm legata essent, ut esset locus Iuri accrescendi causæ piæ tanquam collegatriæ, secundùm ea, quæ de hoc Iure accrescendi dicentur tract. seq.

Disputant hìc aliqui, an Filiusfamilias possit facere donationem mortis causâ. Sed hanc quæstionem expediam in tractatu de Donatione mortis causâ.

CONTROVERSIA V.

Quinam ob Iudicii defectum testari prohibeantur.

An testari possit pubertati proximus. 236.
An ad causas pias. 237.
Quousque obstet defectus ætatis. 238.
An excipiendus sit Miles impubes. 239.
An testamentum convalescat superveniente pubertate. eod.
An valeat Testamentum impuberis doli capacis, factum cum juramento & sub conditione: si in pubertate decesseris. 240.
Si pater filio substitueret hæredem pupillariter, sub hac conditione: Si intra annum decimum quartum decesserit. *Filius deinde aditâ hæreditate decederet u timo die anni decimi quarti, an substitutus succederet vi factæ substitutionis.* 241.
An sustineretur testamentum illius qui furiosus fuisse scitur, sed non constat eum ad mentem rediisse, fecit tamen testamentum eo modo, quo homines sanæ mentis facere solent. 242.
Quod de furioso, etiam de prodigo dicendum. eod.
Vtrum valeret prodigi testamentum, si nulla in eo prodigalitas appareret, imò si ad causas pias testaretur. 243.
Quid de testamento illius, qui à Principe restitutus, curatores tamen haberet. eod.

236. DICENDUM I. Impubes, quantumvis sui juris sit, & pubertati etiam proximus, testamentum facere non potest. §. 1. *Inst. h. t.* ubi ratio additur. *Quia nullum eorum animi judicium est.* Vnde posset aliquis inferre velle, quòd hæc prohibitio fundetur in præsumptione: ergo si constaret, esse impuberi sufficiens judicium, valiturum testamentum. Verùm res aliter se habet. Nam ut in tr. de Legibus dixi, leges sæpè annullant actum universaliter, etiamsi ratio annulland in uno alterove supposito non verificetur, quo sensu dici solet, ad rarò contingentia Iura nō aptari. Satis enim est, verificari plerũque, & esse periculum abusûs, si ob falsitatem præsumptionis posset aliquis se excipere, ut patet in prohibitione Matrimonii clandestini, & expositum est suprà de omnimoda nullitate testamenti minùs solennis.

237. Porrò, quia impubes simpliciter intestabilis est, hinc rectè inferunt Interpretes, ne quidem ad causas pias testari posse, cujuscunque seu tutoris, seu patris consensu accedente. colligitur etiam ex suprà citato cap. *Licet.* ubi manifestè sermo est de filiofam. pubere. & prætérea dicitur, quòd impubes non possit eligere sepulturam: ergo multò minùs poterit testari ad causas pias.

238. Quousque autem obstet defectus ætatis, habetur lege 5. ff. h. t. [A qua ætate testamentum, vel masculi, vel fœminæ facere possint videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in fœminis verò duodecimum completum. Vtrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit? an sufficit complêsse? propone aliquem Kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? dico valere. plus arbitror, etiamsi pridiè Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complêsse videtur annum quartum decimum, ut Martiano videtur.]

239. QUÆRES 1. An Miles impubes in hoc etiam punctô sit privilegiat. s. ℞. Negativè. *L. fin. C. de testam. Milit.* [Licèt antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum mereabantur, ultimum elogium conficere posse, attamen indignum nostris temporibus esse videtur, eum qui stabilem mentem nondum adeptus est, propter privilegia militum, sapientium hominum jura pertractare, &c. ideoque hoc fieri nullo modo permittimus.]

QUÆRES 2. An saltèm testamentum convalescat superveniente pubertate. ℞. Negativè. §. 1. *J. h. t.* ibi. *Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea mentis compos factus fuerit & decesserit.*

240. DUBITATUR 1. Si Impubes doli capax testamentum fecerit cum juramento, & sub hac conditione: *Si in pupillari ætate decesserit*, an valeat testamentum. Affirmat Vivius, Villalobos, Duranres, nec improbat Manzius *tit. 2. absolutissimi Tractatûs de Testam. n. 57.* Rationem dant, quia talis potest juramento obligari. Verùm negativè respondendum est secundùm ea quæ dicam to. 2. tr. 1. de Contractibus in genere: ubi ex Auth. *Sacramenta puberum*, patebit, nullum Contractum Iuramento firmari, nisi puberum: ergò nec donatio ab impubere facta firmare-

maretur, multò minùs testamentum. Et sanè est in his specialis ratio: nam ob eorũ imprudentiã, & levitatem facillimè inducerentur ad Iusjurandum, cùm juramenti gravitatem necdum satis apprehendant à toto genere.

241. DUBITATUR 2. Si Pater filio substitueret hæredem pupillariter sub hac conditione, *si intra annum decimum quartum decesserit:* filius deinde aditâ hæreditate decederet ultimo die anni decimi quarti, an substitutus succederet vi factæ substitutionis. Videri potest esse affirmandum. Nam in §. *fin. Inst. de pupill. substit.* dicitur pupillaris substitutio tunc evanescere, quando filius annos pubertatis excesserit: atqui moriens ultimo die non excessit, sed solùm fictione juris complevit, qua sufficit illum diem attigisse. atqui *excessisse*, & *complêsse* opponuntur. *L. 5. ff. h. t. Iam relatâ.* Nihilominus dicendum & respondendum est negativè. Ratio est, quia ut ex adducta lege 5. ff. h. t. patet, illo die filius est habilis ad testandum; atqui habili ad testandum non substituitur pupillariter: quia si ipsemet faceret testamentum, id valeret: ergo signum est, quòd substitutio pupillaris jam evanuerit. Ad rationem dubitandi respondetur, textum Institutionum esse civiliter, & secundùm legem quintam. ff. h. t. intelligendum, ubi de hoc ex professo statuitur, ut proinde idem sit: *excessisse*, ac complevisse, ultimum diem attingendo.

242. DICENDUM 2. Furiosus & mente captus testamenti factionem non habet. *eod. §. Inst.*

QUÆRES An sustineretur testamentum illius, qui furiosus fuisse scitur, sed non constat eum ad mentem rediisse, fecit tamen testamentum eo modo, quo etiam homines sanæ mentis facere solent. Respondet Arnoldus Rath, negativè, quia id quod gestum est, quantumvis benè, casu potiùs quàm consilio gestum esse dicetur, *L. fin. §. fin. ff. de administr. tut. L. si à furioso. ff. de rebus credit.* Ego tamen existimo, cum hæc tota res in præsumptione fundetur, quòd sicut quivis sanæ mentis esse præsumitur, quamdiu oppositum non probatur, ità etiam furore probato, præsumatur aliquis eodem mentis defectu laborare, quamdiu non probetur oppositum, attamen præsumptionem hanc posse faciliùs elidi, si testes uniformiter dicerent, se omnino judicare, fuisse sibi restitutum cùm testamentum faceret, & horum testimonio putarem esse standum, ob favorem ultimarum voluntatum. Neque credo ab hac opinione reipsâ dissentire citatum auctorem, nam statim thesi 68. subjungit: [Quod si furiosum dilucida intervalla habere, certum, & illud tantùm in quæstione sit, an testamentum tempore furoris, an dilucidi intervalli conditum sit? decisio ex reipsa, sive actûs gesti qualitate desumenda est, ut si quidem testamentum scribatur, quemadmodum homini prudenti & sanæ mentis convenit, censeatur tempore furoris remissi conditum esse, secùs si dispositio inepta, ac proinde furoris adhuc præsentis argumentum fuerit. Putamus quidem (*ait*) moraliter loquendo vix casum planè dubium evenire posse, ut nec de furore, nec dilucido testatoris intervallo per veras quasdam probationes constare possit, cùm testes non modò testatorem audire, sed & videre debeant, facilè proinde de judicio illius, aut furore attestaturi.] Hæc ille. Unde mihi potiùs videtur dicendum, præsumi fuisse sanæ mentis, quàm omnia casu rectè fecisse: adeoque etiamsi nullum aliud lucidum intervallum præcessisset, adhuc præsumptio stare deberet pro valore testamenti. Invenio pro hac mea opinione apud Manzium. n. 68. citatum Grunnig, & Grammaticum, quos non potui videre. Nec reipsâ dissentit (etsi videri posset) Duarenus, dum concedit, si dubium sit, an testamentum factum fuerit tempore intermissi furoris, id ex conjecturis & eventu dignoscendum esse, ità ut ex inspectione testamenti deprehendi possit, an more prudentis hominis testatus sit, an verò vestigia furoris supersint.

DICENDUM 3. Quod de furioso dictum est, etiam de illo prodigo, cui bonorum suorum administratio interdicta est, procedit, §. 2. *Inst. h. t.* ubi additur. *Sed id quod antè fecerit, quàm interdictio bonorum ei fiat, ratum est.*

243. DUBITATUR. Utrum valeret Prodigi testamentum, si nulla in eo prodigalitas appareret, imò si ad causas pias testaretur. Affirmant Borcholdt & Vigilius. Mihi tamen omnino negandum videtur, prout etiam negant alii. Ratio est, quia prohibitio non fundatur in præsumptione actualis prodigilitatis, ut in simili suprà dictum est. Quare considerando incommoda quæ oborirentur, si hujusmodi testamentum sustineretur, nempe perpetuarum litium, quibus hæredes scripti negarent, ergà se prodigalitatem exercitam esse, hæredes verò ab intestato facilè speciosis titulis eam assererent, satius est, simpliciter non valere, sicut non valet testamentum impuberis, in quo quandoque malitia supplere ætatem videtur.

Aliud dicendum esset de eo, qui à Principe restitutus, curatores tamen retinere jussus, testamentum faceret. Nec enim censerentur curatores relicti ad valorem actûs, sed solùm ut securiùs in aliis actibus procederetur, adhibitis curatoribus tanquam inspectoribus; & ità judicatum esse testatur Arnoldus Rath, th. 74.

CONTROVERSIA VI.

Quibusnam ob sensuum defectum testari non sit permissum.

SUMMARIUM.

Quid circa Mutos & Surdos jure Codicis tenendum. 244.
An, qui casu loquelam amisit, Codicillos facere, legata & fideicommissa nutu explicare possit, si nesciat scribere. 245.
Quomodo cæcus possit facere validum testamentum ex lege 8. C. Qui test. fa. 246.
An expressio dignitatis, &c. Sit substantialis. eod.
An ordo præposterus testamentum cæci vitiaret. 247.
An eædem solennitates in Codicillo requirerentur. 248.
Item ad testamentum inter liberos, vel ad causas pias. 249.

244. DICENDUM 1. Quamvis antiquo Iure Digestorum, Muti & Surdi, qui loquelam, vel auditum simul à natura & vitæ initio, vel etiam utrumque, aut alterutrum per accidens amiserant, quamvis litterati essent, testari non possent *l.* 6. §. *Surdus. ff. h. t.* hodie tamen observandum est Ius Codicis *l.* 10. *qui test. fa. possint*, & sic habet. [Discretis Surdo & Muto, quia non semper hujusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, & hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere, neque Codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causâ donationem celebrare concedatur, neque libertatem, sive vindictâ, sive alio modo imponere, &c. Ubi autem & hujusmodi vitii non naturalis, sive masculo, sive fœminæ accidit calamitas, sed morbus postea superveniens & vocem abstulit, & aures conclusit: si ponamus ejusmodi personam litteras scientem, omnia quæ priori interdiximus, hæc ei suâ manu scribenti permittimus. Sin autem infortunium discretum est, quod ità rarò contingit, Surdis, licèt naturaliter hujusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere, & in testamentis & in Codicillis, & in mortis causâ donationibus, & in libertatibus, & in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata ei à natura concessa est, nihil prohibet, eum omnia quæ voluerit facere: quia scimus quosdam Iurisperitos & hoc subtiliùs cogitâsse, & nullum esse exposuisse, qui penitùs non exaudiat, si qui supra cerebrum illius loquatur, secundùm quod Iubentio Celso placuit. (*Nota quòd Bacchovius in notis ad VVesenb. h. t. n.* 13. *hanc observationem vocet ridiculam, audacter sanè, & parùm reverenter.*) In eo autem cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin verò aures quidem apertæ sint, & vocem recipientes, lingua autem ejus penitùs præpedita, licèt à veteribus auctoribus sæpiùs de hoc variatum est, attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet, eum scribentem hæc omnia facere, sive naturaliter, sive per interventum morbi hujusmodi infortunium ei accesserit.] Ità lex decima, quæ cùm sit clara, non est aliud addendum ad ejus explicationem.

245. Illud tamen non satis decisum habetur, an is cui inopinato casu loquela amissa est, Codicillos facere, legata, ac fideicommissa nutu explicare possit, si non sciat scribere. Certum autem est, quòd tali nutu præcisè hæres institui non possit, juxta ea quæ superiùs dicta sunt circa testamentum nuncupativum, quia hæres debet voce testatoris aliquo modo nuncupari. Dicendum videtur, posse legata, ac fideicommissa nutu relinquere, si vitium non sit perpetuum. Hac ratione putat Arnoldus Rath th. 79. conciliari posse textus in *l.* 21. *ff. de legatis.* 3. ubi dicitur. [Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit.] & *l.* 2. *ff. de leg.* 1. ubi dicitur, *eos demùm fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent.* Unde inferri videtur, Mutum non posse nutu relinquere.

246. DICENDUM 2. Cæcus nec testamentum purè nuncupativum, nec purè scriptum condere potest, sed utriusque solenniates aliquo modo observare debet ut valeat testamentum. de hoc exstat lex. Hac consultissimâ. 8. *C. Qui test. fac pos.* [Sancimus, ut carentes oculis, seu morbo vitiòve, seu ità nati per nuncupationem suæ condant moderamina voluntatis: scilicet præsentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse juris est, tabulario etiam, ut cunctis ibidem collectis primùm ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur edoceant: deinde exprimant nomina specialiter hæredum, dignitates singulorum, & indicia, ne sola nominis commemoratio aliquid ambiguitatis pariat: & ex quanta parte, vel in quot unciis in successionem admitti debeant, & quid unumquemque legatarium seu fideicommissarium assequi velint: omnia denique palàm edicant, &c. quibus omnibus ordine peroratis, uno eodemque loco & tempore, sed & tabularii manu conscriptis sub obtutu septem testium, & eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab eisdem testibus, quàm à tabulario, &c. Quæ in eundem modum observanda erunt, quamvis non hæredes instituere, sed legata solùm vel fideicommissa, & in summa quæ codicillis habentur congrua duxerint ordinanda. *Et infrà.* Sed quia tabulariorum non in omnibus locis datur copia quærentibus, jubemus octavum

vum adhiberi testem, ut, quod tabulatio pro supra dicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat. Ex quibus patet, testamentum cæcorum debere esse quasi mixtum. & hæc provisio erat necessaria, ut fraudibus sufficienter obviaretur. Quamvis, ut verum fateat, non facilè appareat notabile periculum fraudis quod evitandum sit in testamento cæci per subscriptionem & sigillationem testium, quod periculum non etiam subsit in testamento purè nuncupativo alicujus videntis; neque hujus specialis periculi mentionem factam reperio in auctoribus. Schneidewein dicit, hoc requiri ob justissimum metum falsitatis, quem aliàs oculorum intentio discutit. Ità est. Sed needum apparet, quomodo defectus ille visûs suppleatur per subscriptionem & sigillationem, cùm cæcus nec hæc videre possit, an fiant sine fraude. Quia tamen certum est, testamentum cæci pluribus fraudibus obnoxium esse, quàm videntis, hinc congruum fuit, ut cumulatis solennitatibus etiam scripti testamenti fraudibus obviaretur.

DUBITATUR 1. An substantialis sit solennitas, ut exprimatur dignitas & alia hæredis indicia, si per solam nominis commemorationem omnis ambiguitas tolleretur. Respondent communiter Doctores negativè, & volunt, solùm consilii causâ requiri: quia quidquid additur rei satis demonstratæ, frustra est. *l. 1. ff. de do te præleg.* Jure Bavarico t. 34. a. 6. hæc solennitas expressè requiritur, ut præter nomen hæredis exprimatur, cujus dignitatis, statûs, aut conditionis sit.

247. DUBITATUR 2. An vitiaretur testamentum cæci, si ordine præpostero ordinaret priùs legata, deinde subderet nominationem hæredis. Ratio dubitandi nascitur ex illis verbis legis. *Quibus omnibus ordine peroratis.* Respondetur tamen negativè, quia hoc non obstat in aliis nuncupativis, ut suprà dictum.

248. DUBITATUR 3. An Solennitates in testamentis cæcorum requisitæ, etiam in eorundem codicillis necessariæ sint; adeoque etiam in his septem testes requirantur unà cum Notario. Ità quidem videri posset requiri in verbis legis: *quæ & in eundem modum erunt observanda, &c.* Nihilominus respondet Arnold. Rath. post Jasonem, illa verba non ad septenarium numerum testium, sed ad reliquas ibi propositas solennitates, nempe ad nuncupationem, & adhibitionem Notarii vel sexti testis referenda esse: ut cæcus ultra communem & consuetum quinque testium numerum, Notarium aut sextum testem adhibere, ac præter scripturam & subscriptionem testium voluntatem suam expressè nuncupare teneatur.

249. DUBITATUR 4. An iisdem solennitatibus opus sit, si cæcus inter liberos vel ad causas pias testetur. Prima sententia simpliciter affirmat. *Fulgosius & Romanus, Pacius in §. cæcus J. h. t.* Secunda sententia vult saltem tunc requiri, quando liberi partibus inæqualibus instituuntur. *Decius, Sichardus & Gilkenius in l. cit. hac consultissimâ.* Tertia vult, saltèm requiri ultra communia testamentorum inter liberos Notarium aut ejus loco alium testem; & hoc satis conformiter ad id quod de Codicillis paulò antè diximus. & hanc sententiam amplexum est Jus Bavaricum. a. 6. Verùm jure communi communior est sententia, nihil ampliùs requiri, quàm quod à cæteris requiritur. Ità post Ferd. Vasq. & Julium Clarum q. 7. plerique cæteri Interpretes, *ut iterum dicetur infra tr. 7. cap. de Codicillis.* Fundamentum patebit ex solutione fundamenti contrarii. Argumentatur ergo Pacius ex illa Regula tum Juris Can. 34. tum Juris Civilis 81. *In toto Jure generi per speciem derogatur.* atqui testamentum inter liberos non indigere solennitatibus cæteris, est generale: & lex de testamento cæcorum est specialis: ergo illi per hoc derogatur. Hoc argumentum imprimis non potest procedere in testamento ad causas pias. quòd enim ad hoc non requirantur solennitates communes, est constitutum Jure Canonico, ut suprà probatum est *cap. Relatum.* atqui Ius Civile non potest derogare privilegio concesso jure canonico. ergo lex *hac consultissimâ*, non est derogatoria illius capituli. Deinde neque procedit in testamento inter liberos. Nam si Regula rectè adhibeatur juxta ea, quæ tradidimus *tr. 1. tomi 1. de legib.* ea potiùs facit pro nostra conclusione. Licèt enim lex *Hac consultissima.* sit specialis, si comparetur cum illis legibus, quæ cæteroquin solùm requirunt septem testes, & non requirunt subscriptionem, &c. non tamen est specialis, sed potiùs generalis respectu capituli *Relatum*, & respectu legis 21. §. *ex imperfecto. C. de Testam.* ubi excipitur testamentum inter liberos. Hæ ergo leges sunt magis speciales etiam quoad cæcum respectu legis: *Hac consultissima. h. t. Cod.* quâ requiruntur generaliter plura in testamento cæci. Denique Regula illa, *secundùm glossam*, fallit in privilegiis, ut diximus *loc. cit.* atqui testamenta inter liberos & ad causam piam, sunt generali privilegio munita: nisi ergo expressa mentio hujus privilegii fiat, non derogatur illi.

CON-

CONTROVERSIA VII.

Quousque Clerici testari possint.

SVMMARIVM.

AN inspecto Iure scripto possiat Clerici testari de bonis Ecclesiasticis. 251.
Quomodo intelligenda verba cap. 8. de testam. Quæ per Ecclesiam sunt adepti. 252.
Intellectus cap. fin. de peculio Clericorum. 253.
An potestas testandi possit à Sede Apostolica Clericis *concedi, aut consuetudine induci.* 255.
An ad causas profanas. 256. 257.
Quid DD. sentiant de consuetudine passim recepta testandi ad causas profanas. 258.
P. *Molina damnans hanc consuetadinem, malè refutatur à Barbosa.* 260.
Quomodo defendi possit non esse contra Ius naturale. remissivè. 261.
Confirmatur *ad hominem contra* P. *Molinam, sententia defendens consuetadinem.* 262.

250. DE hoc aliquid dictum est *tomo.* 1. *tr.* 4. nunc ex professo agendum. Et imprimis certum est, Clericos posse testari de bonis patrimonialibus, aut quasi C.9. *de testam.* ibi. [Respondemus, quòd licèt Clerici, de his quæ paternæ successionis, vel cognationis intuitu, aut de artificio sunt adepti, seu dono consanguineorum, aut amicorum non habito respectu ad Ecclesiam pervenerunt ad ipsos, liberè disponere valeant. De his tamen quæ consideratione Ecclesiæ perceperunt, nullum de jure possunt facere testamentum.]

251. Præsens controvesia tota procedit de illis bonis Ecclesiasticis, de quibus *tomo.* 2. *tr.* 4. disputatum & decisum est, quòd habeant eorum verum dominium, sed (ut ibi dictum) cum aliqua obligatione impendendi ad pios usus, eò quòd dicantur esse bona Dei, nempe de illis proventibus, qui congruæ sustentationi supersunt. De his

DICENDUM est 1. Inspecto Iure scripto, non posse Clericos de his testari, ne quidem ad causas pias. Probatur imprimis ex ultimis verbis cap. 9. jam relati. Item ex cap. 8. [Ad hæc præsentibus innotescat, quòd Clerici de mobilibus, quæ per Ecclesiam sunt adepti, de jure testari non possunt.] Eodem modo loquitur cap. *Relatum eod.*

252. Sed est dissensio inter DD. quomodo verba hæc: *quæ per Ecclesiam sunt adepti*: sint intelligenda. In quo puncto aliqui mirâ subtilitate asserunt, illa verba esse intelligenda non de fructibus immediatè perceptis ob obsequium Ecclesiæ præstitum, sed de iis bonis, seu mobilibus, seu immobilibus, quæ ex fructibus perceptis compararunt, v. g. de vasis aureis, fundis, &c. Adeoque volunt, posse de prioribus, non item de posterioribus testari. Ità tenet Julius Clarus §. *Testamentum q.* 27. *n.* 8. quem secutus est Andreas Fachineus *lib.* 5. *contr.* 89. Sed hæc subtilitas est textui & intentioni Pontificum planè violenta, & meritò à cæteris DD. reprobata: quasi verò fructus immediatè percepti non sint bona *per Ecclesiam & consideratione Ecclesiæ* acquisita. De omnibus ergo sine discrimine dicendum est, non posse Clericos testari.

253. Probant aliqui insuper assertionem ex eo, quòd Clerici non sint horum fructuum Domini, sed solùm Usufructuarii, ità ut in vita sua habeant earum rerum usumfructum, itàque sustentandæ vitæ suæ causâ possint ea usque ad diem obitûs sui possidere. Ità Vivianus *ad* c. *Relatum.* Quem sequitur Casparus Manzius *tr.* 13. *de Testam. q.* 8. *n.* 17.

Verùm hæc probatio & supponit falsum, cùm reverâ sint Domini, (ut suo loco probatum est) & nimium probaret, nempe, quòd ne quidem inter vivos possent ea Clerici ad pias causas donare.

254. Pro distinctione Julii Clari & Fachinei posset quis argumentari ex *cap. fin. de peculio Clericorum*, ubi solùm prohibentur testari de bonis comparatis ex reditibus. [Si quis sanè Clericorum agella, vel vineolas in terra Ecclesiæ sibi fecisse probabitur, sustentandæ vitæ causâ, usque ad diem obitûs sui possideat, verùm post suum decessum Ecclesiæ restituat, nec testamentario, aut successorio jure cuiquam hæredum relinquat, &c.]

Verùm, si mens hujus capituli penitiùs inspiciatur, obest, non prodest adversariis. In eo enim tacitè insinuatur, & prævertitur quidam prætextus, quo aliquis posset putare, Clericum posse testari de bonis comparatis ex fructibus, esto de fructibus extantibus non possit. Negat ergo Concilium Toletanum etiam potestatem de his testandi.

DICENDUM 2. Potestas testandi ad causas pias non solùm potest à Summo Pontifice concedi, sed etiam consuetudine induci. In hoc conveniunt DD. Ratio est, quia etsi justa ratio fuerit etiam hanc potestatem denegandi per Canones, hinc tamen non sequitur, iniquum fore, si non prohiberetur. Declaratur. Causa denegandi hanc potestatem testandi etiam ad causas pias, erat, ut sic Clericis adimeretur motivum congregandi divitias & thesaurizandi in eum finem, ut post mortem possent inde sui memoriam gloriosam relinquere: quod etsi malum non sit, imò valde laudabile, piis causis etiam post mortem prodesse, negari tamen à nemine potest, incomparabiliter laudabilius esse, benefacere causis piis per liberalem donationem inter vivos, spoliando se rebus propriis in gratiam aliorum, & ad Majorem Dei gloriam, dum adhuc uti frui liceret; longè hoc, inquam, laudabi-

dabilius est, quàm differre in illud tempus, quo non ampliùs uti frui licet, & quando nos potiùs à rebus nostris deserimur, quàm illas deseramus. Ut ergo Ecclesia hujusmodi perfectiores dispositiones inter vivos obtineret à Clericis, rectè probibuit testamenta de bonis Ecclesiasticis, & induxit obligationem expendendi in causas pias inter vivos. Quia verò & alterum, ut dixi, laudabile est, potest & illud permitti, quamvis minùs perfectum, sed non ideo vitiosum.

256. Major difficultas est, an possit fieri potestas, & consuetudine induci, testandi de illis bonis ad causas profanas. Et sanè crescit difficultas in sententia illorum Theologorum (inter quos est Card. de Lugo, ut retuli *to. 1. tr. 4.*) qui volunt, jure naturali & divino obligari Clericos expendere fructus superfluos ad causas pias. Quâ sententiâ suppositâ, sequi videtur, nec Pontificem posse licitam reddere dispositionem ad causas profanas, nec ullâ consuetudine posse licitam reddi potestatem ad causas profanas testandi. Nihilominus etiam hac sententiâ interim suppositâ (nam contrariam amplexus sum d. l.)

257. DICO 3. Posse consuetudine induci, & ab Ecclesia permitti, ut hujusmodi testamenta valeant, adeo ut qui inde aliquid acceptu-ri sunt, sine scrupulo ea possint retinere, esto Clerici peccent sic disponendo. Conclusio est contra Navarrum, & alios; qui negant in his bonis dominium Clericis, quos suo loco rejecimus. Cæteri non videntur posse à nobis dissentire, quamvis pauci distinctè conclusionem ponant. P. Joanes Dicastillo citat pro ea Card. Turschum *To. 1. Concl. 139. & To. 8. concl. 1.* Sed ibi nec verbulum habet. Agit de hoc puncto *to. 1. concl. 397.* sed non exprimit disertis verbis, quòd loquatur de potestate testandi ad causas profanas. {Facultas inquit, testandi quam Papa concedit de bonis Ecclesiæ Clericis, valet, secundùm communem, etiam sine causa, & hoc usu Christiani orbis recipitur, & propriè dicitur Indulgentia.} Tenet tamen expresſè Conclusionem P. Lessius *dub. 4. n. 46.* Molina *d. 147. n. 16. Concl. 7.* Dicastillo *dub. 15.* & alii communiter. Probatur facilè. Supposito, quòd sint illorum bonorum Domini, quamvis inter vivos obligentur non expendere in usus profanos, si tamen expendant, valet actus, & qui accipiunt, per se non peccant, nec tenentur restituere, ut loc. cit. dictum est: ergo idem dici potest de dispositione ultimæ voluntatis, neque in hoc est specialis repugnantia. Sicut, si quis contra juramentum faceret testamentum, peccaret quidem, & tamen dispositio valeret: & sicut qui contra priora sponsalia duceret aliam, peccaret, sed Matrimonium valeret: quæ omnia fusiùs declarata sunt priore tomo, juxta vulgare: *Multa prohibentur, quæ tamen facta tenent.*

258. In tomo primo tractatu 4. ut jam insinuavi, sum conatus ostendere, quomodo Consuetudo possit licitam reddere hujusmodi testamentorum factionem ad causas etiam profanas, & adduxi constitutiones Pontificias, quibus hujusmodi facultas concessa videtur. Et sanè consuetudinem hoc modo testandi in pluribus Regnis & Provinciis exstare, testantur Auctores: quam sanè nimis durum est ità damnare, ut non sine gravi peccato observetur, cùm videamus fieri sine scrupulo, nec credibile sit, toleratum iri, si judicaret Ecclesia fieri cum gravi peccato. Vnde etiam ex hoc capite redditur admodum difficilis illa Theologorum sententia, quòd dispositio illorum bonorum ad causas profanas sit contra Ius divinum & naturale. Certè Canonistæ hanc sententiam ne quidem suspicari videntur, dum hanc consuetudinem putant posse facilè defendi ex eo, quòd solo jure humano sit probibita facultas testandi de his bonis. Ità in terminis tradit Henricus Zœsius *in tit. de Testam. n. 7. ibi. Facit, quòd non nisi jure humano testandi prohibitio sit inducta, ut non videam, qui possit damnari ista consuetudo, &c.*

259. Potuisset tamen Zœsius eam videre damnatam à P. Molina *d. 147. n. 31.* Conclusione undecimâ, his verbis. {Nihil impedientibus consuetudinibus introductis lethaliter peccant beneficiarii, qui vel de notabili quantitate bonorum, de quibus loquimur, testantur ad usus profanos, eamque relinquunt consanguineis divitibus, vel absque fortuito aliquo eventu discedendo ab intestato, in causa sunt, ut deveniant ad consanguineos divites. Probatur, quoniam, ut suprà ostensum est, læthaliter peccant contra jus naturale, &c.} Eandem doctrinam supponit Lessius n. 47. dicens: *Nec refert, quòd peccent mortiferè.* Item Lugo l. c. & Dicastillo dicens: *Licitè ergo dicamus illicitè testari ad causas profanas, &c.*

260. Contra Molinæ doctrinam plura affert Augustinus Barbosa *lib. 3. Jur. Eccles. c. 17. n. 68.* dicens, Molinam in pluribus peccare. Sed tantùm abest, ut hæc peccata ostendat, ut potiùs ipse in duobus peccet. Primò quòd inferat contra Molinam, si esset talis actus illicitus, hoc ipso fore invalidum: quæ consequentia est nulla, ut paulò antè ostensum est. Secundò peccat, dum dicit in fine, Molinam fateri, quòd talis actus sit tantùm contra jus humanum. hæc est impostura, nam expresſè dicit Molina (& ità superiùs est relatus ab ipso Barbosa) esse contra jus naturale.

261. Nisi ergo negetur esse contra jus naturale, non potest impugnari doctrina Molinæ. Quomodo autem defendi possit, non esse contra jus naturale, dixi *tomo 1. loc. cit.* quæ non est necesse repetere, sed solùm hîc addo, ità supponere Covarruviam *in cap. cùm in officiis n. 9. de Testam.* ubi testatur, consuetudinem hanc introductam esse in tota Gallia & Hispania, scientibus & consentientibus Summis Pontificibus ac cæ-

teris

teris Prælatis. Deinde Barbosa infert, ex doctrina contraria sequi, omnes beneficiarios totius ferè universalis Ecclesiæ in peccato mori, & in statu damnationis, si talem damnemus consuetudinem, quam neque Pontifices nostris temporibus, nec jura hucusque damnaruot. Planè inquit, non est par credere, quòd si Summi Pontifices intelligerent, tot animas illaqueari, & in peccato mori, controversiam hanc inter DD. tam acriter agitatam non diremissent, declarando statum tam periculosum, & consuetudinis deformitatem, quod cùm hucusque non fecerint, satis probabile est conjectari, consuetudinem ut licitam, & rationabilem ab ipsis approbari.

262. Confirmare possumus opinionem nostram ad hominem contra Molinam, qui n. 28. concl. 8. expressè docet justam esse legem, quæ jubeat servari consuetudinem, ut bona (de quibus disputamus) perveniant ad hæredes ab intestato, si Clericos intestatus decedat: & hoc ideo, quia difficile est, ot constet, quæ bona ex beneficio fuerint comparata, & quæ aliunde, & num beneficiarius potuerit aliquid compensare ea fructibus beneficii ob sumptus alionde factos: præterea, oum parcè viveodo aliquid reservaverit de sua congrua sustentatione, & num plùs fuerit promeritus de fructibus sui beneficii, quàm congruam sustentationem: causáque sit multarum litium & perturbationum in Republica, quod ab hæredibus ab intestato eripi atteotentur bona, quæ ex beneficii reditibus Beneficiario superfuerunt, neque successores in beneficio soleant meliùs ea expendere, quàm prædecessores expenderint. Hæc Molina. qoibus planè agnoscit, ob justas causas posse ab Ecclesia hujusmodi bona alioquin sacra profanari pro tempore mortis: ea quo fundameoto deduxi loco cit. hoc ipsum posse fieri io ordine ad licitam testandi facoltatem, ità ot testando ad causas profanas licitè profanentur ob justas causas ità permitteodi.

Sed de hoc satis.

CAPUT V.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS, ET QUOMODO INSTITUTIO FIERI POSSIT DEPENDENTER A VOLUNTATE ALTERIUS.

CONTROVERSIA I.

Quænam Personæ ex Testamento capere prohibeantur.

SUMMARIUM.

Quinam ob delictum, nec testari, nec ex testamento capere possint. 263.
In specie de Deportatis. Hæreticis. eod.
De percussoribus Cardinalium. 264.
De occisore testatoris. 264.
De legatario occidente testatorem. 265.
De Spuriis ex damnato coitu natis. an possint substitui à patre fideicommissaria aut vulgari substitutione. 266.
An hæres possit sibi retinere fideicommissum Spurio relictum. 267.
Cogitatio Card. de Lugo, quomodo pater posset sibi & filio consulere. eod.
Hæres fiduciarius debet denunciare fisco. 268.
An possit pater substituere pupillariter filium spurium filio suo legitimo. 269.
Negativa præfertur. 270.
Discursus Card. de Lugo contrarium sentientis. 271.
Retorquetur in Authorem. 272.
An pater possit instituere Spurium sub conditione, si fuerit à Principe legitimatus. 273.
Intellectus legis 49. §. in extraneis. ff. de hæred. instit. 274. 275.
An avus possit instituere nepotem Spurium ex filio suo legitimo natum. 276.
An avus possit instituere nepotem natum ex filio suo Spurio. 277. & 280.
Quid dicendum de nepote nato ex filio incestuoso. 277.
Quomodo instituit: possint filii illegitimi non Spurii. 278.
Quid si nullos habeat legitimos, aut ascendentes, habet tamen naturales. 279.

Quid

POstquam in præced. cap. vidimus, qnibus non sit permissum facere testamentum, sive, qninam *activè* intestabiles sint, nunc de hæredibus acturis, priùs in genere dicendum de illis, qui passivè sunt intestabiles, adeoque nec hæredes, nec legatarii, &c. esse possint.

263. Est autem imprimis Regula generalis, eos omnes ex testamento capere non posse, qni ob delictnm aliquod testamentum condere prohibentur, de quibus superiùs actum. cap. præced. contr. 3. In specie autem jura nunc dabimus.

Primò, non possunt hæredes institni Depottati. *L. 1. C. de hæredib. instit.* [Qui deportantur, si hæredes scribantnr, tanquam peregrini capere non possunt: sed hæreditas in ea causa est, in qna esset si scripti non fuissent.] Huc reducuntnr, qui in metallum damnati, aut in perpetuum ad triremes.

Secundò, Hæretici non tolerati, & Apostatæ. *L. fin. C. de hæret.* [Divinam nostram sanctionem per quam jussimus neminem errore constrictum hæreticorum, hæreditatem, vel legatum, vel fideicommissum accipere, etiam in ultimis militum voluntatibus locum habere præcipimus.]

264. Tertiò, qui Cardinales persequuntur, ac percutiunt, aut aliter concurrunt cum talibus. c. 5. *de pœnis in 6.* ibi. *nec ad alicujus bona ex testamento, vel ab intestato vocetur.*

Quartò, qni occidit testatorem. *L. fin. §. 4. ff. de bonis damnat.* [Præterea ex his quæ per flagitium damnatus acquisivit, portiones liberorum non augentur: veluti si cognatum suum interimi curaverit, & ejus hæreditatem adiit, vel bonorum possessionem accepit.] Et in fine additur, quòd talia bona cedant fisco. Unde sequitur, ante Iudicis sententiam posse ea ab hærede scripto tetineri, quod etiam de prioribus & universim quibus in pœnam adimitur successio, dicendum est, juxta ea quæ *to. 1. tr. 1. de legibus* dicta sunt.

265. De Legatario occidente testatorē, Theologi docent, tale legatū non pertinere ad fiscum, sed absque ulla sententia devolvi ad hæredem defuncti (sicut & fideicommissum) quia censetur eo ipso esse revocatum: neque enim ad Revocationem legati requiruntur solennitates, ut ad revocationem testamenti, sed sufficit adesse causam præsumendi animum testatoris. Ità Sanchez *lib. 4. Cons. Mor. dub.* 38. Molina, Lugo.

Qnintò, possent huc revocari illi omnes, qnibus ob delictum aufertur Hæreditas, & adjudicatur fisco, de quibus dictum est *to. primo tr. 5. in fine de successione fisci.* & ad nostrum institutum parùm faciunt, qui jus privatorum persequimur. His ergo relictis, nunc de aliis dicamus, qni non possunt capere ex testamento.

266. Sextò ergo de Spuriis, ex damnato coïtu natis dicendum est, eos hæredes institui non posse à parentibus, sicut nec ab intestato succedunt. *auth. licet. C. de naturalib.* in fine. *Sed qui ex damnato sunt coïtu, omni prorsus beneficio secludantur.*

Hinc seqnitur. 1. *contra Sotum, Ledesmam, Vict.* Quòd etiam tales non possint substitui substitutione fideicommissariâ. Nam hodie non potest relinqui fideicommissum, nisi illis, qui directè institui possunt.

Seqnitur 2. Neque vulgari substitutione posse substitui. Alioquin per obliquum induceretur, qnod directè prohibetur.

267. QUÆRITUR tamen 1. An hæres possit sibi fideicommissum spurio relictum retinere. Negant aliqui tam Theologi quàm Juristæ, volentes, illud vel esse restituendum fisco, vel cohæredi instituto, vel hæredibus ab intestato, in quo non consentiunt. Auctores refert Sanchez *lib. 3. Consil. Moral. dub. 20. n. 4.* Sed rectè affirmat idem Sanchez, & cum eo Lugo, nempe quòd possit hæres ipse ea retinere, etiamsi fidem dederit. Ratio est, quia imprimis ipse est verus & absolutus hæres: ergo fit Dominus bonorum. Deinde si teneretur restituere, vel teneretur restituere Spurio, vel hæredibus ab intestato, vel fisco. Nihil horum potest cum fundamento dici. Non primnm, nam hi ipsi AA. hoc negant & ratio est, quia leges vetant, Spurium aliqnid consequi ex testamento defuncti patris, quod tamen fieret: nec refert, quòd hæres fiduciarius fidem dederit, fides enim contra legem data non obligat. *L. jure gentium. §. prætor ait. ff. de Pactis.* Nec secundum dici potest. Quia hæredibus ab intestato tunc locus est, quando non adest hæres institutus, capax, & volens hæditatem adire. Atqni in nostro casu adest. Sed neqne tertium. Quia fisco non debetur pœna, nisi per sententiam Iudicis.

Cæterùm, si hæres vellet deinde sponte dare Spurio, & non vi pacti, quo non obligatur, posset id utique facere, quia tunc talia bona non acciperet à patre, sed ab hærede.

Hinc Lugo tradit doctrinam notatu dignam, aitque hanc fore viam magis tutam, qua pater etiam licitè posset obtinere desideratum finem locupletandi Spurium, si nempe diceret amico syncero. Scio, quòd tu non possis mihi pacto obligari ad restituendam hæreditatem filio meo Spurio. Volo tamen te hæredem scribere, & spero de tua benevolentia, quòd filio meo providebis, sicut ego providerem, si possem ut tu potes, & per leges liceret.

268. Ut autem hæres fiduciarius pœnam fisci subterfugiat, necesse est denunciare fisco. *L. un. C. de his qui se deferunt.* [Is cujus tacitæ fidei commissa fuerit hæreditas, statim officio gravitatis tuæ nunciet, & gesta prodat, & continuò quod actum fuerit, renunciet: & post hanc fidem tertiam ex omnibus defuncti bonis percipiat portionem.] & additur, quòd si Spurius manifestaret, acciperet in præmium mediam partem. Quodsi hæres occultet, & tamen occultatio fiat manifesta, privatur omnibus bonis, & in insulam relegatur. Et hoc sensu dicitur loco prædonis habendus, quatenus fiscum vult privare. *L. prædonis. ff. de petit. hæredit.*

269. DUBITATUR jam ulteriùs, utrum possit pater substituere pupillariter filium Spurium filio suo legitimo. Et quidem posse illi substituere quoad illa bona, quæ filius habet aliunde quàm à patre, conveniunt Juristæ, & Theologi. Ratio est, quia talia bona non consequeretur Spurius à patre, aut ex ejus bonis, ut pater. Difficultas est de bonis paternis. Affirmat Acosta posse etiam in his substitui pupillariter. Quam sententiam Sanchez dicit esse probabilem, Lugo ait esse probabiliorem, stando in ratione.

270. Communis tamen & vera sententia hoc negat, & quidam Theologi ut certam supponunt, Molina & Lessius, & ex Juristis post alios Casparus Manzius. *tit. 6. n.* 88. Et hæc sententia est utique ex mente legislatorum, dum dicunt, Spurios omni prorsus beneficio esse excludendos: & nihil ex bonis paternis & ex intentione ejusdem ad illos pervenire. Sed audiamus, quo discursu velit Lugo contrarium persuadere.

Sicut, inquit, quoad alia bona pupilli potest pater pro ipso intra pubertatem decedente testari, ne moriatur intestatus, ità potest quoad bona quæ pupillus à patre habuit, cùm hæc non minùs sint bona pupilli, quàm alia, & non minùs expediat pupillum non mori intestatum quoad hæc quàm quoad alia. Hactenus Lugo. Sed his omnibus concessis quomodo sequitur, quòd possit substituere Spurium? nunquid satis est, posse aliquem alium substituere, ut pupillus non decedat intestatus?

271. Pergit deinde Lugo. Dupliciter inquit, posset pater de his bonis disponere, vel in illis substituere Spurium. Primò quatenus bona sua sunt, & ideo ità ea relinquit pupillo, ut velit, tali casu occurrente venire ad Spurium: & hæc NB. magis esset substitutio *vulgaris*, quàm pupillaris, & nullo modo valida esset. Secundò potest ea absolutè relinquere pupillo, & post à nullo habito respectu ad hoc, quòd bona illa sint à patre, sed quia sunt bona pupilli, disponere nomine pupilli de illis, si intra pubertatem moriatur, & hæc est propria substitutio pupillaris, & non video, cur non possit pater testari liberè pro filio circa hæc bona, sicut circa alia, cùm in his etiam non tam sit testamentum patris, quàm pupilli. Ità Lugo.

272. Quibus sanè verbis præbet Lugo ansam argumento validissimo contra suammet sententiam. Fatetur enim, quòd pater non posset suo pupillo substituere spurium vulgariter, & quòd talis substitutio esset invalida. Infero. ergo etiam substitutio pupillaris est invalida. probo consequentiam, quia ut dicam infra ex receptâ DD. Sententiâ, substitutio pupillaris expressa continet substitutionem vulgarem tacitam, & quidem vigore legum includit essentialiter, & non est in potestate privati separare, & facere, ut pupillariter substitutus non succederet, si pupillus pubes factus non fieret hæres patri suo. ergo dum leges improbant substitutionem vulgarem, tacitè etiam improbant pupillarem: ne scilicet per obliquum liceat, quod directè prohibetur.

273. DUBITATUR 3. An pater possit instituere spurium sub conditione: si fuerit à Principe legitimatus. Negant aliqui, quibus favet P. Diana *to. 4. tr. 3. de casib. occur. temp. mortis, resol.* 121. Affirmandum tamen est cum communissimâ sententia, per textum *in l. 62. ff. de hæredib. instit. In tempus capiendæ hæreditatis institui hæredem posse, benevolentiæ est: veluti: Lucius Titius cùm capere potuerit, hæres esto.*

274. Objiciunt 1. Legem 49. §. *in extraneis. ff. eodem.* [In extraneis hæredibus illa observantur, ut sit cum eis testamenti factio: & id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, ut constiterit institutio, & mortis testatoris, ut effectum habeat: & cùm adibit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive purè, sive sub conditione hæres institutus sit.] ergo de jure requiritur, ut tempore mortis sit cum hærede testamenti factio. ergo si tunc non est legitimus, institutio non valet. ℞. Facilè, legem hanc non loqui de institutione sub conditione & in tempus capacitatis, sed de aliis conditionibus, sub quibus institutus hæres debet esse capax tunc etiam, quando conditio impletur, & institutio transit ex conditionata in absolutam.

275. Ob-

175. Objiciunt 2. Absurdum videtur, in tali casu hæredibus ab intestato esse exspectandum usque dum vel legitimetur, vel moriatur spurius, quia toto vitæ tempore potest habere spem legitimationis. Ad hoc respondet Molina negando suppositum. satis est, si exspectent eventum primæ petitionis, quæ facienda est proxima occasione & si semel negetur, hæreditas ad illos spectabit.

176. DUBITATUR 4. An avus possit instituere nepotem spurium ex filio suo legitimo natum. ℞. Affirmativè. Nam pœna hæc non infligitur nisi illi qui deliquit, nempe patri: atqui avus non deliquit, ergo non magis prohibetur instituere illum, quàm quivia alius extraneus.

177. DUBITATUR 5. An avus possit instituere nepotem natum ex filio suo spurio. Negat Cavarruvias, sive nepos sit legitimus filius, sive spurius. Negativæ etiam favet Harpprecht in *Not. ad Clar.* & Menoch. *de præsumpt. l. 4. præs. 96. n. 17.* & meo judicio non improbabiliter, per ea quæ de naturalibus dicemus. Sed Theologi communiter affirmant, Vasquez, Sanchez, Lugo. Ratio est, quia avus respectu nepotis non deliquit, & satis punitur, quòd filium suum Spurium non possit instituere, quâ pœnâ leges contentæ sunt. Limitandum hoc tamen est ex generalibus principiis, ut non valeret talis institutio, si intuitu patris facta esset, v. g. ut pater habeat usumfructum. Ità post plures alios Gabr. Grassus §. *Institutio q. 8. n. 2.* Deinde limitandum est juxta ea, quæ de nepotibus naturalibus dicemus paulò pòst.

Aliud dicendum est de nepote nato ex filio incestuoso, hoc est nato ex Matrimonio inito inter consanguineos, vel affines intra gradum prohibitum absque dispensatione contracto. hi enim prohibentur etiam ab avo institui *Lege 6. C. de incest. nuptiis.* ubi enumerantur personæ quæ à talibus institui possunt, inter quas non est nepos. ibi. *Testandi sanè ità demum habeat facultatem, ut his tantummodo personis relinquat, quas succedere imperialis præcepti tenore mandavimus* (has antem priùs enumeravit. nempe ex descendentibus legitimè natis filium, filiam, nepotem, neptem, pronepotem, proneptem : ex ascendentibus parrem, matrem, avum, aviam; ex latere fratrem, sororem, patruum, amitam.) *Memoratis verò personis non exstantibus, nostro fisco locus pateat.* Ex ejusdem legis principio patet, hanc pœnam non tenere eos, qui prolem habetent ex copula incestuosa, non contracto tamen Matrimonio: sic enim ait: *Si quis incesti, vetitique conjugii sese nuptiis funestaverit.* Ergo hujus legis restrictio non est extendenda ad omnes qui incestum committunt, sed qui Matrimonium attentant. Hactenus de Spuriis ex damnato coïtu natis. Nunc de naturalibus illegitimis.

178. Septimò, liberi illegitimi, sed non ex damnato coïtu nati, non possunt à patre illimitatè & pro arbitrio hæredes institui, sed cum restrictione posita in *l. 2. C. de naturalib. lib.* [Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus, aut pronepotibus cujuscunque sexûs, uno pluribusve existentibus, bonorum suorum unam tantùm unciam pater naturalibus filiis, seu filiabus eorúmque genitrici, vel si sola sit concubina, semiunciam largiendi, vel relinquendi habeat potestatem. Quidquid verò ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri, vel cæteris successoribus jure reddatur.] Quod dictum est de semiuncia, tunc solùm procedit, quando quis unicam concubinam, & nullam conjugem legitimam habet. Nov. 89. c. 12. princ. ibi. [Si verò filii quidem non sint naturales, concubinæ verò solummodo ijsqui non habent ntique conjugem (*hoc enim tantùm concubinam habentibus est conscriptum*) mediam unciam solam donantes.]

179. Quod si pater nullos liberos legitimos habet, tunc jure novissimo (correctis sæpiùs anterioribus juribus) observanda est *Nov. 89. c. 12. §. 3.* qui sic habet. [Si verò filios non habuerit quispiam legitimos, aut quenquam ascendentium, quibus necessitas est legis relinquere partem propriæ substantiæ competentem, testatori licentia sit, etiam in duodecim uncias scribere filios naturales hæredes, & dividere inter eos quocunque voluerit modo res, & per donationes aut simplices, aut antenuptiales, aut per dotes, aut per alium quemlibet modum legitimum suas in illos substantias transponere.]

180. Quid autem avo liceat erga nepotes naturales ex filio naturali, vel legitimo, aut erga nepotem legitimum ex filio naturali, resolvit Imperator in lege finali. *C. de liberis naturalibus.* Nempe existentibus liberis legitimis, avus non potest pro suo lubitu instituere ejusmodi nepotes. ibi. *Eâ enim* (sobole legitimâ) *existente, veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum, & in nepotes extendimus.* Adeoque hoc eventu non potest avus nepotibus talibus plus relinquere, quàm pater filiis naturalibus.

Quod si verò nulli liberi legitimi exstant, potest avus prædictis nepotibus in testamento relinquere quantum voluerit. ead. lege illia verbis. *& legitima soboles minimè facit impedimentum.*

Ex dictis fit probabile, (ut suprà monui n. 177.) hanc Institutionem non licere avo respectu nepotis ex damnato coïtu nati, nempe quia lex hoc solis naturalibus videtur indulgere voluisse, & ità videtur sentire Gail *lib. 2. Obs. 88.* & quidam alii apud Manzium. *n. 145.*

181. Octavò, dicendum breviter aliquid est de Religiosis, quâ ratione possint, vel non possint capere ex testamento. Itaque Ordo Minorum & Capucinorum, eorumve Monasteria, & multò minùs Professi in particulari, non pos-

 sunt

ſunt hæredes inſtitui. *Clement. Exivi.* §. *de V. S.* ibi. [Quia igitur in ſucceſſionibus tranſit non ſolùm uſus rei, ſed & dominium ſuo rempore in hæredes, Fratres autem præfati nihil ſibi ſpeciale acqnirere, vel eorum Ordini poſſunt etiam in communi, declarando dicimus quòd ſucceſſinnum hujusmodi nullatenus ſunt capaces.]

In his tamen Religinſis, & etiam Profeſſis noſtræ Societatis, fallit Regula Iuris §. *Legati. Inſt. de Legatis.* quâ dicitur, eos qui hæredes inſtitui non poſſunt, nec legatum capere poſſe. Nam his Profeſſis etiam in particulari poſſunt legata relinqui, cum hoc tamē modetamine quoad Profeſſos Minorum, & Capucinnorū (ut habetur *cap. exiit de V.S. in6.*) ut non legentur illis res immobiles cum conditione ut eas ſervent (præter domū & hortum & neceſſaria ad habitationem) ſed aut res mobiles quæ eorum neceſſitaribus ſerviant, aut ſi ſint immobiles, ſtatim divendantur, & ex pecunia Fratrum neceſſitatibus provideatur: & denique ne legata fiant in ea quantitate, ut æquivaleant hæreditati, & in fraudem legis prohibentis, illos hæredes inſtitui, facta videantur, *d. Clem.* ibi. [Nec licet eis valorem hæreditatum talium, vel tantam earum partem, quod præſumi poſſet boc in fraudem fieri, &c. quin potiùs iſta ſic fieri ab ipſis ſimpliciter prohibemus.] De hoc iterum infrà tr. 7.

282. Quæ in noſtra Religione cnnſtituta ſint, poſſunt videri in Bullis Pontificijs, adductis ad longum in *to.* 1. *tr.* 4. Nunc breviter, quæ ad ſucceſſionem ex teſtamenro attinent, referemus in gratiam eorum, qui bujus Inſtituti Iurium magnâ ignorantiâ laborant, illíque ſunt non pauci, ut ex Iuriſtis obſervavit Caſp. Manzius n. 185. referens ex P. Laymanno quæ huc pertinent.

283. Imprimis ergo nullus Profeſſus, aut Coadjutor Formatus poteſt hæres inſtitui in ſua perſona particulari. Vocavit quidem hoc in dubium P. Petrus V Vadingus *de Contr. diſp.* 4. *dub.* 5. §. 4. *n.* 5. exiſtimans, Profeſſos noſtros tantùm eſſe incapaces ſucceſſionis ab inteſtato, & circa ſucceſſiones eodem modo ſe habere Profeſſos Societatis, quo ſe habent omnes Religioſi in Gallia, qui ab inteſtato non ſuccedunt, ſed tantùm ex teſtamento. Probat hanc ſuam opinionem, interpretando verba Conſtit. *Hæreditariæ Succeſſionis.* Quòd illa nō ſignificent niſi ſucceſſionem ab inteſtato. Quia ſecundùm communiorem Juriſtarum ſententiam, quando in aliquo Statuto dicitur aliquos eſſe incapaces ſucceſſionis, ſi nihil aliud cogat aliter intelligere, ſemper debet intelligi de ſucceſſione tantùm ab inteſtato, & manent nihilominus capaces ſucceſſionis ex teſtamento, ut poſt alios tradit Tuſchus *v. Succeſſio. concl.* 86o. Probat. 2. Quia Claudius Generalis Præpoſitus Societatis, cujus eſt authenticè interpretari Conſtitutiones noſtras, ità Interpretatus eſt, & intelligendum dixit ſcribens ad Provincialem Lituaniæ Anno 1613.

284. Verùm quidquid in hoc puncto dici ſubtiliter, & apicibus Iuris inhærendo poſſet, contrarium omnino tenendum eſt, & ſententia V Vadingi nunquam in Societate practicata, aut recepta eſt, neque illa Declaratio Claudii poſt diligentem inquiſitionem reperiri potuit: neque verum eſt, quòd ſucceſſio teſtamentaria non ſit propriè dicta ſucceſſio, & non veniat nomine Succeſſionis Hæreditariæ. Quod ſi ſtatuta alicujus loci redderent aliquos incapaces ſucceſſionis, cenſerentur fortaſſis ideo de ſucceſſione ſolùm ab inteſtato loqui, quia cenſerentur loqui de illa ſucceſſione, quæ lege defertur. alioquin ſucceſſionis vocabulum eſt generale, ut paret ex *L.* 51. *ff. de fideicommiſ. libert. pr.* ibi. [Non tantùm ipſe qui rogatus eſt manumittere, ad libertatem perducere poteſt, ſed & ſucceſſores ejus, ſive emptione, ſive quo alio modo ſucceſſerint. Sed etſi nemo ſucceſſor extiterit, ad fiſcum ità tranſit, ut libertas ab eo præſtetur.]

Vnde meritò dixit Sanchez *lib.* 7. *Decal. c.* 27. *n.* 24. ex mente Pontificum per ſucceſſionem hæreditariam intelligi excluſam omnem ſucceſſionem, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento, quia utuntur ijsdem verbis quibus utitur Clementina *exiit*, reddens incapaces Fratres Minores ſucceſſionis hæreditariæ.

285. Collegia tamen, & Domus Probationis poſſunt Hæredes inſtitui: atq; adeo ipſa tota Religio. Item Domus Profeſſæ Soc. Iesu poſſunt à quocunque hæredes inſtitui, ſive bonorum mobilium, ſive ſtabilium, & à fortiori quodcunque hujusmodi legatum recipere poſſunt, non quidem ut bona ſtabilia retineant, ſed ut vendant, & pretium in uſus neceſſarios convertant, exceptis iis quæ ad habitationem & communem noſtrorum recreationem (ut horti) commoda eſſent. Sicut autem Profeſſi Minorum, non obſtante incapacitate ſuccedendi ex teſtamento, ſunt tamen capaces legatorum, ità & noſtri Profeſſi & Coadjutores formati. Qui verò ultima vota non ediderunt, etiam hæredes ſcribi poſſunt, quia nullo jure inhabiles redduntur, & ſunt capaces dominii. Quæ omnia conſtant ex alibi dictis, nec hîc ſunt repetenda.

286. Non eſt tamen prætereundum, quod ex Everardo, & Zangero notat Manzius n. 183. Quòd ſi Profeſſus aliquis Societatis hæres ſcriberetur intuitu ipſius Societatis, ità ut principaliter ipſa Societas, ſeu Collegium, aut Domus profeſſa inſtituta videretur, inſtitutio valeret, quod ipſum tradit Layman. *n.* 5. §. *veruntamen*, addens, id in dubio præſumendum eſſe, ſi teſtator ſcivit, Profeſſum per ſe inſtitui validè non poſſe: quia interpretari oportet diſpoſitionem potiùs ut valeat quàm ut pereat.

287. Ulteriùs progrediuntur citatus P. Laym. & JCtus, & quærunt, quid ſi teſtator neſcivit?

vit? & Respondent: tunc si ab extraneo Professus instituatur, existimant intuitu Societatis institutum: si verò à consanguineo, vel affine; intuitu consanguinitatis & affinitatis institutum, adeoque propriæ personæ. Ratio desumitur à communiter accidentibus; quia hæreditates particularibus personis fermè deferri solent ratione cognationis, aut affinitatis specialis. Ego quidem credo, quòd si in Iudicio contenderetur, ità judicandum esset; sed simul mihi persuadeo, quòd Societas talem hæreditatem, dubiam quo affectu relicta sit, quantumvis ab extraneo, non admitteret unquam.

188. Nonò, non potest hæres institui mulier suspecta. *l.* 41. §. 1. *ff. de test. mil.* *Mulier in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest.* Omitto illas personas, quibus tanquam indignis hæreditas relicta aufertur, hæ enim simpliciter non sunt incapaces hæreditatis, sed in pœnam eâ privantur: unde possunt hæreditatem retinere, donec per sententiam condemnentur.

CONTROVERSIA II.

Quid Iuris, si plures hæredes instituantur.

SUMMARIUM.

Divisio Assis in duodecim uncias. 289.
Nullâ assis parte assignatâ singulis, quantum quisque hæres consequatur. 290.
Quid juris, si instituantur, inter quos est ordo conjunctionis. 291.
Quid si hæredes sint extranei. eod.
Quomodo dividenda hæreditas inter hæredes, quorum unus simpliciter & per se, cæteri verò sub una collectione. 292.
Quid juris, si partes sint assignatæ. 293.
Quid si testator non absolvit in distributione totum assem. 294.
Quid si numerum 12. *unciarum excesserit.* 295.
An in lege 23. C. de Legatis. *corrigatur jus antiquum.* 296.
Quid juris, si quis aliquem, vel aliquos in certis partibus instituit, aliquem & aliquos indefinitè nullam partem designando. 297.
Quid præsumendum in institutione cum relatione ad designationem, quæ tamen non est facta. 298.
Quorundam distinctio non admittitur. 299.

289. Quia hoc variis modis fieri potest, ideo per varia quæsita expediendum est, & supponendum priùs, quòd tota hæreditas, quam jura *Assem* vocant, in duodecim uncias dividatur, & pro diversitate numeri diversa quoque nomina sortiatur: nam duæ unciæ *Sextans*, tanquam sexta pars assis, tres unciæ *Quadrans*, nempe quarta pars, quatuor unciæ *Triens*, seu tertia pars, quinque unciæ *Quincunx*, sex unciæ *Semis*, septem unciæ *Septunx* octo, *Bes*, novem *Dodrans*, decem *Dextans*, undecim *Deunx* nominantur.

290. QUÆRITUR nunc 1. Si plures hæredes instituantur, v. g. *Cajus, Sejus, Titius, hæredes sunto.* nullâ tamen assis parte cuivis assignatâ, quantum quisque consequatur. ℞. Eos consequi partes æquales, v. g. unusquisque ex tribus consequetur *Trientem*: quia censentur à testatore æqualiter dilecti. *l.* 9. §. 12. *ff. de hæred. inst.* §. 6. *eod.* ibi. *Satis enim constat, nullis partibus nominatis ex æquis partibus eos hæredes esse.* Idem dicendum est, si unum nominaret testator in recto, & cæteros in obliquo, v. g. *Petrum cum Sempronio instituo.*

291. QUÆRITUR 2. Quid Iuris si instituantur, inter quos est ordo conjunctionis, v.g. pater & filius. ℞. Vel sunt tales personæ, quæ necessariò sunt instituendæ, ità ut si prætetirentur, rumperent testamentum, vel sunt personæ extraneæ, quæ liberè possent non institui. Si primum dicatur, tunc censetur ille, qui primus est ordine conjunctus, institutus ex asse, & alter vulgariter substitutus, v.g. si dicat testator. *Filium meum cum nepote instituo.* vocantur ordine successivo, ut ex communi tradit Julius Clarus *q.* 80. *n.* 3. Michael Grassus §. *Institutio. q.* 20. *n.* 6. & addit benè n. 7. hoc procedere non solùm in nepote nasciture, sed etiam nepote jam nato: quo etiam casu nepos non concurrit cum filio, sed substitutus intelligitur. Addit iterum n. 8. procedere resolutionem, etiamsi testator ordinem inverteret, dicendo: nepotem & filium instituo: adhuc enim non pariter, sed ordine successivo admitterentur, quia ordo necessitatis potiùs, quàm scripturæ attendi debet.

Hujus tam communis doctrinæ nullus clarus Juris textus adducitur, nisi quòd Gomez adducat junctâ gl. legem *Gallus* §. 1. *ff. de lib. & posthum.* Fundatur ergo sententia in præsumptione mentis testatoris. Hinc Grassus ad hanc præsumptionem requirit copulam &: quâ nepos filio conjungatur: alioquin, si fieret per voculas, *Simul: unâ: cum*: v. g. *instituo filium unâ cum nepote*, putat liquere de expressa mente testatoris quòd simul succedant non obstante ordine conjunctionis in gradu. quamvis & hoc multi negent, & adhuc præsumant animum testatoris fuisse ut ordine successivo succederent.

Quod si hæredes scripti sint extranei, v. g. *instituo Sempronium & filium ejus*, tunc communis sententia est, eos simul esse institutos. nisi testator ità dixisset. *Instituo Sempronium & filium ejus hæredem.* tunc enim filium substituisse censeretur, nempe in casum mortis patris, nam vivus hæredem non habet. Pari modo, si plures personæ instituantur per nomen collectivum, complectens diversas personas & gradus, ut si instituatur

tuatur familia, agnati, descendentes, succedent ordine successivo secundùm gradûs prærogativam. Colliguntur hæc ex lege 13. *ff. de hæredib. inst. Interdum hæc adjectio*: æquè hæredes sunto: *Testatoris voluntatem exprimit, ut puta*: Primus, & fratris mei filii æquè hæredes sunto.] Sed hoc casu primus haberet semissem, & filii fratris haberent alteram semissem, ut in eadem lege subjungitur: de quo tamen jam dicetur. Itaque

192. QUÆRITUR 3. Si testator plures hæredes instituit, unum simpliciter & per se, alios verò per modum unius collectionis, quomodo divident hæreditatem. ℞. Ille qui per se institutus est, capiet medietatem, & altera medietas pertinebit ad collectionem cæterorum hæredum. Ità in textu paulò antè allato. Probatur insuper à Manzio ex *l. 11. ff. eodem.* ubi testatore ità scribente: *Attius & duo Titii hæredes sunto*: Responsum est, duos Titios unum semissem, alterum verò habiturum Attium. Ità quidem Manzius ex mente & sensu legis. Sed lex paulò aliter casum ponit. [Attius fundi Corneliani hæres esto mihi: duo Titii illius insulæ hæredes sunto. Habebunt duo Titii semissem, Attius semissem, idque Proculo placuit. Vera est Proculi opinio.] Et est Responsio hæc conformis illi quæ habetur in *l. 59. §. 2. ff. eod.* Titius hæres esto: Sejus & Mævius hæredes sunto: *verum est quod Proculo placuit, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur.* Nempe quia duabus diversis orationibus concepta est institutio, & unâ Titius, alterâ duo simul instituti sunt. Ratio autem discriminis esse videtur, quòd quando sunt duæ orationes, apparet, quòd in secunda oratione binarius accipiatur collectivè & per modum unius. At verò si fit una Oratio: *Titius & duo Mævii hæredes sint*: profectò non apparet, quòd copulativè, seu collectivè potiùs, quàm distributivè accipiatur binarius, quia potest optimè recipere hunc sensum. *Titius & quilibet Mævius hæredes sunto.* ubi planè hæreditas in tres partes dividenda esset, ut fatetur Manzius n. 13.

193. Hactenus de institutione plurium, nullis partibus assis designatis. Quodsi partes diversæ designantur, v. g. dicendo: *Titius in quincunce, Mævius in quadrante, Sempronius in triente hæres esto*: tunc hæreditas ex voto testatoris dividetur inter hæredes, ità tamen, ut pro inæqualitate portionum inæqualiter etiam sustinere debeant onera hæreditatis.

194. QUÆRITUR jam 4. Quid juris sit, si testator in distributione inter hæredes non totum assem absolverit quoad enumerationem duodecim onciarum, v. g. si dixerit. *Mævius in semisse hæres esto, & Titius in quadrante.* ubi tantùm novem uncias enumeravit. ℞. Censetur testator hæreditatem totam in novem uncias divisisse (licitum enim est in tot uncias dividere in quot voluerit) adeoque Mævius capiet duas tertias, seu octo oncias (si hæreditas in duodecim uncias dividatur) & Titius accipiet trientem, seu quatuor uncias. Quodsi autem testator vel illet aliquas uncias ad hæredes ab intestato pervenire, cùm non possit partim testatus partim intestatus decedere (excepto milite) quoad bona, de quibus potest testari, videndum est, an sit locus Iuri accrescendi, de quo dicetur infrà.

195. QUÆRITUR 5. Quomodo sit distribuenda hæreditas, si testator numerum duodecim unciarum excesserit. Ad hoc. ℞. *L. 13. §. 5. 6. 7.* variis exemplis. [Si duos ex asse hæredes scripserit, alios ex duodecim unciis, putat Labeo, & illos ex semisse, & hos ex semisse hæredes fore. Sed si duos ex asse hæredes instituerit, tertium autem ex dimidia & sexta, Labeo ait in viginti uncias assem dividendum, octo laturum ex dimidia & sexta scriptum, illos duos duodecim. Apud eundem refertur.] Titius ex parte tertia: *deinde asse expleto.* idem ex parte sexta. *in quatuordecim uncias hæreditatem dividendam Trebatius ait.* Ex quibus colligitur inspiciendum semper esse mentem testatoris, quem numerum unciarum ipse conceperit in faciendo testamento, & secundùm illum numerum esse faciendam divisionem assis, v. g. si me testator ex duodecim unciis, te ex sex hæredem scripserit, perinde erit, acsi me ex octo, te ex quatuor scripsisset, divisâ hæreditate more consueto in duodecim uncias. Sicut enim se habent 12. ad 6. ità se habent 8. ad 4.

196. Huic doctrinæ objicitur ex *l. 23. C. de Legatis.* ubi putat Duarenus corrigi jus antiquum, adeoque in casu posito dividendum assem in partes æquales. Alii, legem hanc explicant, quòd loquatur de casu quo apparet, Testatorem à priore voluntate, quâ uni totum assem reliquit, postea in eodem testamento recessisse, & dimidium assem illi ademisse, & alteri attribuisse. Ità Manzius *q. 19. n. 5.* & Grassus. *q. 21. n. 4.* Ego existimo, aliquid esse Duareno concedendum: Sed priùs audiamus ipsam legem. [Cùm quæstio talis de significatione verborum animos veterum movit, si quis cuidam agrum Cornelianum puta vel alium quempiam in solidum legaverit, deinde alteri partem ejusdem dimidiam, quantam portionem primus, quantùm secundus legatarius consequitur: simili dubitatione & in hæreditate & in fideicommissis habitâ: cumque computationes multæ introducebantur, & multis ratiocinationibus dignæ: nos hujusmodi computationes quasi superfluas, & NB. contrarias voluntati testatoris, omnes esse sopiendas censemus. Cùm enim manifestum est, eum qui ab initio duodecim uncias cuidam reliquit, alii autem postea sex: recessisse quidem à priore voluntate, voluisse autem eam minui sex unciis, cùm aliis eas obtulit, & præsens casus exitum apertissimum invenit. Si quis itaque vel agrum vel hæreditatem

tem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatæ, vel hæredem. Et si totâ re primo relictâ, tertiam partem secundo reliquerit, secundùm prædictum modum octo quidem uncias vel agri vel hæreditatis apud primum remanere, tertiam autem partem, vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est, in hæreditatibus, vel legatis, vel fideicommissis. vestigia enim voluntatis testatoris NB. non aliter nisi per hujusmodi viam æstimanda sunt.]

Ex his verbis ritè ponderatis mihi certum est, quòd sermo sit de eodē casu, de quo loquuntur textus Digestorum ex l. 13. adducti. Nam Imperator expressè dicit, se loqui de antiquorum altercationibus pro tali casu: hæ autem aliæ non erant, quàm quæ ibi referebantur. Hoc supposito, dico, quòd Imperator velit, mentem testatoris aliter interpretandam esse in illo casu, quàm interpretati sunt antiqui, ut Ulpianus, Labeo, Trebatius, &c. hi enim interpretabantur, quasi Testator voluerit ad dupondium procedere, seu duos asses facere, sive, excedere numerum duodecim unciarum. Econtra Imperator statuit, mentem Testatoris esse interpretandam, quòd in posteriore parte testamenti voluerit à priore voluntate recedere, quâ totum assem uni dedit, & voluisse partem dimidiam assis alteri dare. Quæ interpretatio est longè verior, quàm illa antiquorum. Cur enim, quæso, diceret Testator, se priori relinquere totum assem, si jam tunc alteri partem aliquam destinâsset?

297. QUÆRITUR 6. Quid juris sit, si quis aliquem vel aliquos in certis partibus instituit, aliquem vel aliquos indefinitè, nullâ partem designando. R. In hoc casu iterum procedendum esse ex præsumpta voluntate Testatoris. Si ergo constet, quòd noluerit excedere duodecim uncias, sed assem mente diviserit in 12. uncias, tunc quibus determinatæ partes assignatæ sunt, illas consequentur, quæ autem residuæ sunt, pertinebunt ad illos quos indefinitè instituit. §. 6. *Inst. h. t.* ibi in fine. *Ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.* Quodsi appareret, quòd alium & majorem unciarum numerum animo concepisset, censeretur voluisse medietatem assis relinquere illi quem indefinitè instituisset, quia in partibus determinatis præsumeretur medietatem assis complecti voluisse, & indefinitè scriptum cæteris collectivè sumptis exæquare. Ità quidem existimarem esse de mente testatoris præsumendum, quamvis videam, quòd Hermogenianus *in l. 87. ff. h. t.* aliter præsumat, nempe Testatorem ità ad dupondium procedere voluisse, ut 24. uncias conceperit. unde consequens esset, quòd residuum unciarum consequeretur. Lex ita habet. [Ex unciis sex primo hærede instituto, secundo ex octo, si tertius ex residua parte, vel nullâ portionis factâ mentione hæres instituatur, quinque uncias hæreditatis tertius habebit. In viginti quatuor etenim partes hæreditate distributâ, tertio ratio calculi veluti ex decem partibus instituto quinque uncias assignavit.] Sed pace Iurisconsulti existimo, præsumptionem meam de medietate esse conformem Constitutioni Codicis relatæ quæst. præced.

298. QUÆRITUR 7. Quid præsumendum sit de voluntate testatoris, instituentis duos v. g. hæredes cum relatione ad factam vel faciendam designationem, cùm tamen nullam fecerit. Ad hoc putant aliqui, haberi responsum ex lege 2. ff. h. t. postea referendam: secundùm quam Duarenus & ex eo Manzius distinguunt: si se referat testator ad factum præteritum, dicendo v. g. *Titius & Cajus hæredes sint in ea parte, quâ eos in Codicillo scripsi*: tunc instituti non erunt hæredes. Si verò se referat ad futurum v. g. dicendo: *in qua parte hæredes scripsero*: tunc singulos accepturos semissem. Rationem hujus distinctionis hanc afferunt. Quià cùm testator refert verba ad *futurum* tempus, videtur dubitare, an partes adscripturus sit, necne, & cogitare, si fortè non adscripserit, eos ex æquis partibus hæredes fore. Cùm autem verba retulit ad præteritum tempus, idem dici non potest. nec enim potest ulla probabilis esse dubitatio testatoris, quia potest nosse, an aliquas partes adscripserit necne. Ità illi.

299. Quæ tamen ratio mihi non satisfacit. Nam qui dicit, se partes scripsisse, & non scripsit, præsumitur errore duci, & quia fortassis aliquando cogitabat partes designare, sed distulit, errore ductus putat se scripsisse, & si sciret se non scripsisse, jam scriberet. Prævalet ergo primaria testatoris intentio, quâ vult simpliciter hæredes esse. & quia taxatio partium est minùs principalis intentio, præsumetur velle ex æquo hæredes esse, casu quo partes non taxasset, sicut præsumitur velle in casu quo sibi proposuit partes postea scribere, & deinde non scribit, ut fatentur hi Authores. Porrò lex 2. quæ videtur favere Duareno, prorsus de alio casu loquitur, nempe, quo Testator sub conditione præteritâ, non purificatâ hæredem scribit; tunc enim si quis ità scribat hæredem: *ex qua parte me Titius hæredem scripsit, Sejus hæres esto.* Tunc enim inquam, *si non à Titio scriptus, nec Sejus ab eo, nec immeritò: hic enim creditur inesse conditio.* Et de hoc eodem casu, ac sensu loquitur textus sequens §. 1. ut attentè legenti liquet.

I CON-

CONTROVERSIA III.

Quid Iuris, & quem effectum habeat Institutio Hæredis in re Certa, & determinata.

SVMMARIVM.

300. QUÆRITUR 1. Si quis solus, & sine cohærede instituatur in re determinata, v. g. domo, fundo, &c. (ut fieri potest ab aliquo, existimante totam substantiam suam consistere in tali fundo, cùm tamen & alia jura habeat, quæ ignorat) an & quomodo succedet? ℞. 1. Si testator uteretur verbis indirectis, censeretur reliquisse talem rem per modum fideicommissi, aut legati: sicut etiam, si verbis communibus usus esset, v. g. *relinquo Titio fundum.* ℞. 2. Si verò verbis directis usus esset: *Instituo. Hæres esto*, &c. tunc in favorem ultimarum voluntatum ità sustinetur Institutio, ut res illa certa perinde sumatur, ac si tota hæreditas relicta esset, detractâ rei certæ nominatione, adeoque talis erit ex asse hæres. *l.* 1. §. 4. *ff. h. t.* [Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detractâ fundi mentione.] Idem dicendum, si plures in eadem re hæredes scripti essent, sine ulla differentia.

301. QUÆRITUR 2. Si duo in rebus certis, sed inæqualis valoris, hæredes scripti essent, vel in eadem, sed in partibus inæqualibus; nullo alio hærede adjuncto, quid juris? Ad hoc respondetur in lege 9. §. 13. *ff. h. t.* [Si duo sint hæredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimâ Sabini sententiam sequitur, ut detractâ fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti potirentur, si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.] Quæ ultima verba sic intelligenda sunt. Si testator per illas partes inæquales in fundo designatas, vellet manifestare, suam intentionem esse, ut in reliqua hæreditate etiam secundùm eandem inæqualitatem succederent, tunc hæc ejus voluntas esset observanda.

302. Cæterùm, in casu quæstionis illud observandum insuper est, quòd tales hæredes sint inæquales futuri quoad res singulares inæquales, vel inæqualiter attributas, illas enim priùs ante hæreditatis divisionem singuli instar legati consequentur, id quod & ratio suadet, nempe quia hæc fuit mens testatoris, ut saltèm hæc esset inter illos inæqualitas, & habetur clariùs in lege 35. §. 2. ibi. [Si alius rerum Provincialiũ, alius rerũ Italicarum hæres fuerit scriptus, officio Iudicis attribuentur singulis res quæ adscriptæ sunt. Erunt tamen hæredes ex æquis partibus, quia nulla pars adscripta est. Quæ res facit, ut si fortè in aliis facultatibus plus sit (*in Italicis fortè, quàm in provincialibus*) in aliis minus, & æris alieni ratio urgeat, dici, imminutionem eandem fieri quam suprà ostendimus.] Itaque quivis hæres res certas sibi relictas accipiet jure prælegati, in cæteris erunt pares, quæ mens fuisse testatoris meritò præsumitur.

303. Quæ dicta sunt, non solùm procedunt si extraneus in re certa institutus sit, sed etiam in hærede suo, seu in filiis & filiabus. & in hoc est correctum jus antiquum per Novellam 115. c. 5. in hunc finem, ne filii in re certa scripti possint tanquam præteriti testamentum rumpere. textus sic habet. [Hæc autem disposuimus, ut & parentes & filios à testamentorum injuria liberos reddamus. Cæterùm, si qui hæredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi præcipimus, quidquid autem minùs eis legitimâ portione relictum est, hoc secundùm nostras pias leges ab hæredibus impleri. sola enim est nostræ Serenitatis intentio, à parentibus & liberis injuriam præteritionis & exhæredationis auferre.]

304. QUÆRITUR 3. Quid si testator expressè declaravit, se Titium hæredem scribere in fundo, hac lege, ut cum illo contentus sit, & nihil ex reliquis bonis consequatur. Prima sententia est, quòd nihilominus cætera accepturus sit bona jure accrescendi. Ità post paucos Fachinens *lib.* 4. *c.* 15. Secunda sententia docet, quòd talis non sit futurus hæres, sed potiùs legatarius, aut fideicommissarius singularis, hæreditatem autem accepturos hæredes ab intestato. Ità communis tam Theologorum, *Vasquez, & Molina, Lugo*, quàm Juristarum, inter quos Grassus, Gomez, Eman. Suarez, Menochius & alii.

Tertia distinguit. Si nullus alius in eo testamento hæres instituatur, dicit hæreditatem tali instituto in re certa non accrescere, & sic convenit cum secunda sententia. Secùs, si alius hæres instituatur, qui vel nolit, vel non possit hæredi-

reditatem accipere, hoc casu vult hæc sententia, reliquam hæreditatem accrescere. Ità post Bartolum Castrensis & Corneus. Et hæc sententia est probabilis ex hoc fundamento. Quia quandò hæres alius institutus repudiat hæreditatem, vel ex alia causa ejus incapax est, tunc cessat, vel certè præsumitur cessare ratio motiva testatoris, ad prohibendum ne institutus in re certa plus caperet: nam in hunc finem videtur prohibuisse, ut ad alterum hæredem pervenirent: ergo si non perventura scivisset, utique non prohibuisset, quia plus eum dilexit, quàm hæredes ab intestato. Quando autem nullum alium hæredem instituit, videtur plus dilexisse quoad reliqua bona hæredes ab intestato, quàm hæredem in re certa scriptum.

305. Nihilominus magis assentior secundæ sententiæ, quæ nullo discrimine facto docet, testamentum vitiari, & hæreditatem pertinere ad hæredes ab intestato, adeo ut, quamvis rem certam tradere debeant illi cui relicta est, habeant tamen jus detrahendi Falcidiam, sicut ab aliis legatis dettahi potest. Neque etiam admitto limitationem P. Molinæ *d. 155. n. 23.* quam non improbat Lugo *n. 140.* nempe quòd non procedat, si testator scivit, quòd nemo possit partim testatus partim intestatus decedere, quasi tunc in pœnam neglectæ legis justè possit tota hæreditas contra ejus voluntatem tali hæredi dari. Non placet, inquam, quia nullo jure nititur, & non debet testator puniri eâ pœnâ, quàm ille omnium minimè sentiret, sed eam sentirent hæredes ab intestato. Neque est penes privatum Doctorem, pœnas statuere, quæ in Iure non reperiuntur.

306. Probari solet secunda sententia ex *l. 9. §. 13.* illis verbis: *Si modò voluntas patrisfam. manifestissimè non refragatur.* atqui refragatur, si noluit ea capi, ergo &c. Verùm ego suprà *quæsito 2.* ostendi, alium sensum esse illorum verborum, & in alio casu locum habere, ut patet ex toto contextu, & nunc eandem interpretationem lego apud Ant. Perez, & Fachineum.

Itaque fateor, me non invenire clarum textum in auctoribus pro hac sententia. Sufficit tamen ad eam tenendam præsumptio de voluntate testatoris, qui illâ suâ prohibitione meritò præsumitur voluisse favere hæredibus à lege vocatis, alioquin alium hæredem nominâsset, aut nominato substituisset. Plenissimè ergo satisfiet illius voluntati (quam leges semper volunt observari) si hæredes ab intestato restituant quasi tacitè rogati rem certam in qua successor nominatus est: qui illud accipiat per modum fideicommissi vel legati.

307. Probo deinde conclusionem argumento, quod quidem à nullo alio video insinuatum, sed mihi robustum videtur. Vidimus in præcedente quæsito, quòd in Novella 115. c. 5. Imperator ex speciali causa specialem favorem introduxerit contra Ius antiquum, ut si filius in re determinata hæres instituatur, & jubeatur cum ea contentus esse, nihilominus testamentum subsistat, & legitimam debeant cæteri hæredes implere, nempe ne testamentum rumpatur à filio titulo præteritionis: quia tenebatur filium in legitima hæredem scribere. ergo si specialiter institutus in re certa non debebat hæres scribi, quia est extraneus, non est causa, cur illi reliquum accedat, alioquin esset melioris conditionis, quàm filius, quod non est ad mentem Imperatoris.

308. Objicitur ex lege 74. ff. de hæredib. Instit. ibi. *Si quis ità hæres institutus fuerit*: excepto fundo: excepto usufructu hæres esto. *perinde erit jure civili, atque si sine ea re* (nominata) *institutus esset.* Vnde sic argumentatur Fachineus. Quando testator in solo fundo hæredem quempiam instituit, etiamsi non jubeat expressè contentum esse, adhuc tamen satis apertè declarat, se velle ut solum habeat fundum: similiter, cùm hæredem quis instituit: *excepto fundo*: manifestum est, eum nolle ut fundum habeat: & tamen in his casibus hæres totam hæreditatem consequitur, ne inutilis illa adjectio, vel detractio utilem vitiet institutionem: ergo etiam in proposita quæstione eadē est ratio, ideoque non voluntas ipsa testatoris sequenda, sed legis constitutio est. ℞. Negando paritatem. nam non adjectâ prohibitione, non apparet quòd magis amaverit hæredes ab intestato. Fortè enim non cogitavit de aliis bonis suis: at verò adjectâ prohibitione, apparet eum de aliis bonis, adeoque & de aliis hæredibus cogitâsse, & illos præ nominato dilexisse: & sibi satis futurum, si nominatus instar legatarii haberetur. In secundo casu, quando rem certam excepit, si eam voluit venire ad hæredes ab intestato, non voluit hoc fieri per modum legati, aut fideicommissi singularis, alioquin certam personam nominâsset, & eâ foetè defunctâ legatum hæredi accresceret: ergo voluisset ad eos tanquam hæredes pervenire: ergo cùm leges non permittant, ut paganus partim intestatus decedat *L. Ius nostrum. de R. J.* fuit tantùm voluntas conditionata, ex Iuris hujus ignorantia. Absolutè autem voluit eam rem haberi ab eo, qui per leges habere potest: & hic est qui hæres in cæteris bonis scriptus est: ergo illi accrescet.

309. QUÆRITUR 4. Si instituto in re certa adjungatur alius cohæres universaliter scriptus, sive ex asse, sive ex certa quota, vel nullâ expressâ quotâ, quid Iuris? ℞. Tunc illum qui in re certa scriptus est, loco legatarii haberi, ut patet ex *L. 13. jam recitata.* & debet pati Falcidiam, ut patet ex jam dictis. Vno verbo. Institutus in re certa participat aliqua de legatario, & aliqua de hærede. De legatario participat, quòd patitur detractionem Falcidiæ, si alius cohæres est, & quatenus nec utitur actionibus hæreditariis, nec illis conveniri potest. De hærede parti-

ticipat respectu tituli institutionis, ut non impugnet testamentum, & si nullus alius sit cohæres, ne quidem ab intestato, totam hæreditatem consequatur.

CONTROVERSIA IV.

Quo sensu verum sit, neminem Paganum posse partim testatum, partim intestatum decedere.

S U M M A R I U M.

An sit Iuris naturalis, neminem posse partim testatum decedere: refertur ingeniosus discursus Card. de Lugo. 310.

Sed non admittitur. 311. 312.

Intellectus Regulæ Iuris 7. Jus nostrum non patitur, &c. earúmque rerum naturaliter inter se pugna est, *testatus & intestatus.*

Explicatio Antonii Gomez. 313.

Ex postfacto non est absurdum aliquem partim testatum decedere. 314.

Quomodo intelligendæ variæ leges quæ objici possent. 315.

310. Difficultatem ingerit Regula Juris septima dicens: *Jus nostrum non patitur eundem in Paganis & testato & intestato decessisse, earúmque rerum naturaliter inter se pugna est:* testatus, & intestatus.

Non enim apparet quomodo sit Juris naturalis, non posse partim intestatum, & partim testatum decedere: ut P. Molina & Vasquez audacter dixerint, esse ridiculum dicere, quòd id sit contra Ius naturæ, cùm id militi liceat, & teste Ant. Perez *n.* 10. *h. t. in C.* in Belgio hoc consuetudine receptum est, quod Ius civile militibus permittit. *L. 6. & 12. ff. de test. militis.*

His tamen non obstantibus Card. de Lugo pro ingenii sui acumine conatur ostendere n. 140. hoc non esse ridiculum. [Ego, inquit, existimo, principium illud, quòd non possit aliquis testatus & intestatus decedere, aliquo modo intellectum esse de Iure naturæ: nempe quòd saltèm virtualiter & interpretativè non sit testatus de omnibus. Nam ille qui de parte sola bonorum testatus est, vel cogitavit de alia parte, vel non cogitavit, quia oblitus fuit. Si cogitavit, vel ideo in illa non instituit hæredem, quia volebat de illa alia parte disponere, & oblitus fuit, & tunc censetur voluisse, quòd maneat penes hæredem institutum, sicut quando alia legata à legatariis rejiciuntur, vel ab eis capi non possunt: idem enim est, quòd propter impedimentum oblivionis non possint ad alios pervenire, quibus ea date disposuerat, acsi ob aliud impedimentum non possint. Si verò non habeat animum de illis aliis bonis disponendi, eo ipso voluit, quòd venirent ad hæredem ab intestato, atque ideo jam virtualiter de illis disposuit. Si autem de illis aliis bonis non cogitavit, eo ipso præsumitur voluisse accrescere ea omnia hæredi instituto, quem aliis omnibus prætulit: atque ideo Ius accrescendi fundatur naturaliter in voluntate præsumpta testatoris: quare jam virtualiter de illis etiam bonis testatus est.] Ità Lugo.

Sed hæc est subtilitas inutilis ad expediendum difficultatis præsentis punctum. Nam ab ipso Iure supponitur, quòd hoc non sit ex se impossibile, imò supponit esse possibile Iure naturæ, quia id militi permittitur, & in Belgio etiam Paganis: adeoque esse meram dispositionem Iuris positivi, prout Iuris Interpretes uno ore supponunt. Atqui discursus Lugonis siquid probat, probat non posse aliter fieri, quin vel totus testatus, vel totus intestatus decedat quilibet: ergo nimium probat.

311. Deinde ex eodem discursu sequeretur, quòd si quis cogitâsset quidem etiam de reliquis bonis, de quibus tamen non vult disponere, sed vult ea hæredibus ab intestato relinquere, quòd, inquam, etiam respectu talium bonorum testatus decederet: atqui hoc est absurdum. Si enim expressè vult hæredem in quota scriptum, eâ parte contentum esse, tunc etsi voluntas illius sit ut hæredes ab intestato reliquum consequantur, vitiatur tamen testamentum, ut suprà vidimus, & ad summum habet vim Codicilli, dicitúrque intestatus decessisse; nam Codicillus non est testamentum. Imò Ipse Lugo hoc advertit, & fatetur paulò antè n. 141. Ergo virtualis dispositio explicata à Lugone non facit, ut quis dicatur eâ parte testatus decedere, loquendo Iuridicè, sed intestatus: esto grammaticè possit dici *testatus*, id est, volens ità dividi hæreditatem.

312. Restat nunc videndum, quo sensu ergo regula Iuris intelligenda sit. Respondeo, & dico, in illa regula contineri virtualiter hunc discursum. Ex eo quòd naturaliter repugnet, esse respectu eorundem bonorum testatum & intestatum, sicut respectu ejusdem rei repugnat esse volitam, & non volitam, cognitam & incognitam: hinc Ius nostrum ansam accepit, prohibendi, ne quis etiam pro diversitate bonorum testatus & intestatus decedat: nam Iuris fictione hæreditas tota est una indivisibilis, sicut testator est una indivisibilis persona, quæ ab hæredirate repræsentatur, & per consequens hæres quoque debet indivisibiliter, hoc est ex uno eodémque indivisibili titulo, nempe ex testamento eum repræsentare, quod non fieret, si partim titulo testamenti, partim titulo legis ad hæreditatem vocantis hæres succederet. Itaque Ius non patitur, ut quis secundùm quid sit testatus, secundùm quid intestatus, sed ut vel sit simpliciter testatus, vel simpliciter intestatus, sicut videmus à natura res perfectas esse, vel simplici-

pliciter tales, vel simpliciter non tales, vel simpliciter bonas, vel simpliciter malas, quia bonum ex integra causa, malum ex quovis defectu. Ad imitationem ergo naturæ voluerunt leges testamenti factionem & valorem procedere, non ex quadam intrinseca necessitate, sed ex congruentia.

313. Hanc explicationem ità à me conceptam, vidi postmodum non esse absimilem illi quam tradit Antonius Gomez *to. 1. Resolut. c. 10. n. 11. §. sed magis prope medium.* quam referam. Quòd quis (inquit) non decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, item quòd habeat locum jus accrescendi ad evitandum illud inconveniens, item quòd defunctus repræsentetur in totum & non pro parte, non est inductum NB. jure naturali, vel gentium, sed tantùm de jure positivo, ad imitationem & exemplum juris naturalis, vel gentium, quòd sicut naturaliter homo non potest in se diversum statum habere, & in parte esse homo, & in parte non: ità de jure civili positivo non potest habere qualitates contrarias in actibus per eum gestis, & sic non potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, & pro parte repræsentari, & pro parte non, &c. & iste est verus & realis sensus illius textûs in dicta regula: *Ius nostrum.* Tamen si in aliquo casu jus civile positivum vult determinate contrarium ex aliqua causa, benè potest facere: quia non disponit circa ea quæ sunt disposita de jure naturali, vel gentium, sed tantùm circa ea quæ sunt disposita mero jure positivo. *Et ista*, inquit, *est mea nova & subtilis declaratio in hac materia.* Ità Gomez.

314. Supersunt aliquæ speciosæ objectiones solvendæ, quibus probari posse videtur, etiam ex Iure civili posse Paganum partim testatum partim intestatum decedere. Primò objici potest ex *l. 15. §. 2. in f. ff. de inoff. test.* ubi expressè dicitur. *nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.* & *l. 24. eodem.* sic habetur. [Circa inofficiosi querelam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversæ sententiæ proferantur: quod si fuerit, pro parte restatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.] Glossa in Reg. Iur. 7. respondet, ex post facto non esse absurdum id fieri, sed solùm à principio. Verùm hæc responsio non est satis universalis pro aliis casibus ut patebit.

Objici solet 2. Ex *l. 1. C. de secund. Nupt.* ubi statutum, non posse mulierem intra annum luctûs nubentem, secundo marito plus relinquere, quàm tertiam bonorum partem. Respondet Harppecht. *in §. 5. J. h. 1. n. 13.* Posse mulierem in reliquis hæredem alium scribere. Ità est. Sed ponamus, quòd hoc non faciat, nunquid partim intestata decedet?

315. Objici solet 3. Ex *l. 10. §. 6. ff. de vulgari & pupillari subst.* Ubi is, qui filio arrogato, ante pubertatem mortuo pupillariter substitutus est, in illis saltèm bonis succedit, quæ filius ab arrogatore nactus est. Similis objectio fieri posset ex testamento filiifam. qui de solis castrensibus & quasi, testatur, non item de adventitiis, etiam quorum usumfructum pater non habet, ut suprà vidimus. Ad has & priores leges uno verbo respondetur, lura solùm vetare, ut non sit penes testatorem, aut hæredem, testari partim & partim non testari, quando vi legum potest de omnibus testari, & quando hæres vi legum potest totam hæreditatem consequi. Unde sicut hæres per leges cogitur, vel totam hæreditatem (si capax est) adire, vel totam repudiare, ità testator cogitur, vel de omnibus (de quibus potest) testari, vel omnino intestatus decedere. Et si in certis casibus non testatur de omnibus, tunc jure accrescendi fingitur de omnibus testatus esse. Quodsi juri accrescendi locus non est, ideo non erit, quia hæres ab intestato fingitur fideicommisso gravatus, ut suprà diximus, & tunc censetur simpliciter intestatus decessisse. Et ex dictis apparet, in quo consistat privilegium Militis militariter testantis, ut pro libitu possit partim testatus, partim intestatus decedere.

CONTROVERSIA V.

An & quomodo possit alieno arbitrio committi hæredis institutio.

SUMMARIUM.

An valeat commissio Institutionis quoad substantiam alterius voluntati. 316.

Intellectus capituli cùm tibi. *de testamentis.* 317. 318. 319.

An Institutio ad pias causas possit alterius arbitrio committi. 320.

An valeret dispositio commissa alterius voluntati sic, Instituo Titium, si Cajus voluerit. eod.

An alterius judicio committi possit dispositio. 321.

An committi possit alterius arbitrio electio personæ ex pluribus. 322.

An possit pendere à voluntate alterius indirecta, 323.

An Fideicommissum & legatum arbitrio hæredis committi possit. 324.

Sermo est de arbitrio personæ distinctæ ab ipso hærede: nam institutionem aliquo modo pendere ab arbitrio ipsius hæredis, negari non potest, semper enim subest conditio: *si ipse voluerit:* excepto servo, qui potest obligari.

316. DICENDUM 1. Quando ipsa substantia Institutionis & dispositionis committitur alterius voluntati, ità ut penes ipsum sit facere, ut testator decedat testatus, vel intesta-

tus, eo quòd alter possit neminem nominare hæredem, talis institutio non valet quoad causas profanas *L. 32. ff. h. t. Illa Institutio.* Quos Titius voluerit. [Ideo vitiosa est, quòd alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.] Quæ ultima verba intelligenda sunt de dependentia directa, ità ut alienum arbitrium censeatur directè disponere, nominando hæredem. Nam indirectè posse pendere constat ex eo, quòd possit hæres institui sub conditione aliqua liberè ab alio implenda; sed tunc voluntas alterius non versatur directè circa hæredem, sed circa conditionis impletionem.

Probant aliqui conclusionem etiam ex eo, quòd talis Institutio sit captatoria, atqui hæc à Iuribus improbatur, ut dicemus contr. seq. Verùm ego hac probatione non utor, quia, ut dicam, talis Institutio non est Captatoria strictè loquendo, sed potiùs deceptoria, seu obnoxia deceptioni, ne testator decipiatur, & vel nullum consequatur hæredem, vel talem quem minimè vellet.

317. Objicies. Iure Canonico videtur Ius Civile quoad hoc punctum correctum *C. cùm tibi de testamentis.* ibi. *In secunda quæstione dicimus, quòd qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.* Casparus Manzius *q. 24. n. 11.* allegat Antonium Perez *C. h. t. n. 6.* quòd putet, de Iure Canonico hoc in omni dispositione etiam ad causas profanas facta procedere, quia textus generaliter de ultima voluntate loquuntur, & nullam piæ causæ mentionem faciunt. Verùm Ant. Perez hoc non habet. & quidem numero 6. de hoc nec verbulum, sed n. 8. de hoc puncto sic habet. [Proinde verius est dicere, cùm in isto textu nulla fiat mentio piæ causæ, non velle ibi Pontificem defunctum simpliciter NB. esse testatum, sed haberi pro tali in aliquo casu, scilicet ad exclusionem Episcopi, cui decedentium ab intestato bonorum dispositio erat demandata.] Itaque Perez solùm putat in casu, quo alioquin Episcopus disponeret de bonis intestati, Episcopum debere cedere illi quem defunctus designâsset, ut disponeret de bonis arbitrio boni viri.

318. Communis tamen sententia DD. est, Pontificem solùm loqui de dispositione facienda ad pias causas, neque à Iure Civili unquam improbatum esse quominus ad pias causas possit alterius arbitrio tota dispositio relinqui, ità quidem, ut designatus arbiter à testatore ipsâ censeatur hæres scriptus, sed gravatus restituere causis piis. Neque refert, quòd textus non in terminis hoc dicat. si enim res ex fundamento inspiciatur, id satis ex textu colligi potest. Itaque.

319. In capitulo 18. de V. S. unde desumptum est cap. *cùm tibi 13. de Test.* apparet, duas quæstiones fuisse propositas Pontifici ab Episcopo. Prima fuit, an in indulto facto Episcopo, ut ordinatio rerum Clericorũ ab intestato decedentium in ipsius dispositione permaneat, etiam se extendat ad bona Canonicorum. & respondet Pontifex, quòd sic. Notat autem glossa, hoc non esse intelligendum de bonis patrimonialibus, quæ utique ad hæredes ab intestato veniunt, sed de bonis Ecclesiasticis, de quibus Clerici in vivis non possunt disponere nisi ad causas pias. Secunda quæstio fuit, an illi qui dispensationi & voluntati alterius suam committunt ultimam voluntatem, nil per se penitus ordinantes, nec determinantes cui loco vel personæ conferri debeat, dicantur decedere intestati, & respondit Pontifex, non videri intestatos decedere. Porrò quia de Iure communi non possunt Clerici testari de bonis Ecclesiasticis, mirum videri posset, cur Pontifex consuleretur de bonis decedentium ab intestato. Sed glossa notat, hoc factum esse propter consuetudinem in Gallia, quâ propinqui succederent Clericis intestatis etiam in bonis acquisitis intuitu Ecclesiæ; & contra hanc consuetudinem concessit Papa privilegium cuidam Episcopo, ut ordinatio hujusmodi bonorum ad Episcopum spectaret. Ex quibus imprimis colligitur valde probabiliter, quòd in iisdem locis fuerit consuetudo testandi etiam de his bonis. Unde probabiliter secunda quæstio processit de iisdem Clericis, qui de iisdem bonis non aliter sunt testati, quàm committendo dispensationem illorum bonorum in arbitrium boni viri: & hi videntur non decedere intestati, quia etiam de Iure Civili non prohibetur quis testari ad pias causas committendo in arbitrium boni viri. Ergo cùm Clericis per se non liceat de illis bonis disponere nisi ad pias causas, consequens est, quòd tales Clerici meritò censeantur testati decedere, sed testamento facto ad pias causas. Ergo à primo ad ultimum satis probabiliter apparet, in cap. *cum tibi*, esse sermonem de dispositione ad pias causas.

Imò loquendo universim de omnibus etiam Laicis, si quis hæreditatis dispensationem committeret arbitrio alterius boni viri, nõ observatis solennitatibus aliis, quàm quæ requiruntur in cap. *Relatum.* meritò præsumeretur voluisse ad pias causas testari. Nam in hunc finem videtur arbitrium boni viri requisivisse, ut ille pro sua prudentia consideraret, quâ ratione maximè expediens futurum esset animæ defuncti, dispensari bona illius. Talis ergo non committeret in arbitrium alterius substantiam dispositionis, seu ultimæ voluntatis, sed tantùm modum, sicut, qui expressè diceret, se hæredes scribere pauperes hujus civitatis, sed determinationem tum quoad personas, tum quoad quantitatem relinquere Magistratui. Nam, ut videhimus, etiam de Iure civili aliqua similis determinatio committi alterius arbitrio potest. Et sic mihi videtur

Ius

Ius Canonicum cum Civili possa conciliari. Quodsi is cui dispensatio commissa est, eam negligeret, censeo, quòd deinde vel ab Episcopo, vel à Magistratu esset facienda dispensatio.

320. QUÆRES. Quidsi quis etiam substantiam Institutionis ad pias causas alterius arbitrio committeret, dicendo v. g. *Instituo Ecclesiam S. Jacobi, si Sempronio videbitur.* Aliqui negant validuram Institutionam. sed communis opinio Canonistarum affirmat, quos refert & sequitur Grassius §. *Institutio q.* 18. *n.* 8. & expressè tenet Covarruvias *in d. c. cum tibi n.* 12. Ratio est, quia in testamento ad pias causas non curantur Juris Civilis subtilitates.

Redeundo nunc ad dispositionem quoad causas profanas, eodem modo non valeret dispositio commissa alterius voluntati his verbis. *Instituo hæredem Titium, si Sempronius voluerit.* Ratio est, quia in hoc casu non minùs confertur tota substantia dispositionis in liberrimam voluntatem Sempronii, quàm si nullo nominato diceret: *Instituo, quem Sempronius voluerit.*

321. QUÆRES. Quidsi aliquis non alterius voluntati, sed potiùs alterius Intellectui, seu Iudicio committaret, dicendo. [Instituo Titium, si Sempronius bona fide, & cum Iuramento assertorio judicaverit, expedire, ut Titius mea bona consequatur præ hæredibus ab intestato successuris.] Non invanio hanc quæstionem ab Auctoribus decisam. Et salvo aliorum judicio puto valituram: quia fieret sub conditione valde honesta, quia Sempronii judicium fortè sanius est judicio defuncti testatoris, & non committitur in liberrimam dispositionem & voluntarium consensum Sempronii, sed aliquo modo necessarium, requiritiurque diligens ponderatio meritorum Titii præ hæredibus ab intestato: nec est in potestate hominis, sic vel sic opinari, ut ait Aristoteles. Confirmabitur hæc resolutio Conclus. 4.

322. DICENDUM nunc 2. Si testator non ipsam substantiam Institutionis, sed electionem certæ personæ ex pluribus sub pluralitate designatis, alterius arbitrio commiserit, valet Institutio, v. g. *Instituo ex cognatis meis illum, quem Titius elegerit.* Ità communis. Ratio est, quia nulla lex resistit, cùm arbitrium hoc casu non sit liberum, nam ille cui committitur, compellendus est ut eligat.

323. DICENDUM 3. Si substantia Institutionis pendet ex voluntate alterius non directa, & expressa, sed indirecta, tacita, & aliquo modo velata, valet institutio, ex communi sententia, ut: *Instituo Titium hæredem, si Sempronius Capitolium ascenderit: si meam filiam duxerit*, &c. Ratio est, quia sic non confertur in nudam voluntatem alterius, ut pro libitu, nullo alio volito possit Institutionem reddere nullam, sed ut reddat nullam, debet non ascendere Capitolium; Quin imò potest ascendere, vel non ascendere, nihil cogitando de institutione facta, nec est necesse hanc ei manifestari.

324. DICENDUM 4. Fideicommissum & legatum, non potest committi liberæ voluntati hæredis, benè tamen ejus arbitrio, accipiendo arbitrium pro Iudicio, ut paulò superius dixi. §. *Quæres.* & nunc videor mihi illam resolutionem probare posse efficaciter ex lege 11. §. 7. *ff. de legat.* 3. cujus hæc sunt verba, *Quanquam autem Fideicommissum ità relictum non debeatur.* Si volueris: *Tamen si ità adscriptum fuerit:* Si fueris arbitratus, si putaveris, si æstimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur. *Non enim NB. plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.* Et hoc ipsum est, quod suprà, hoc textu necdum viso, scripsi, & si benè notetur hoc discrimen, conciliabuntur plures leges in speciem contrariæ, circa quas multùm tricatur Covarruvias in d. c. *cùm tibi.* n. 7. & 8. hujusmodi est *lex* 43. §. 2. *ff. de Legat.* 1. ubi dicitur. *Legatum in aliena voluntate poni potest, in hæredis non potest.* Quamvis hujus §. priora verba non ineptè aliqui accipiant de voluntate extranei non directa, sed obliqua.

CONTROVERSIA VI.

Quænam in Iure sit Voluntas, aut Institutio Captatoria, vitians testamentum.

SUMMARIUM.

NOn pauci Juristæ vocant Captatorias voluntates eas omnes, quibus institutio alienæ voluntati committitur modis explicatis in præced. Controv. Ità Grassius *L. c.* & alii apud Covarr. Hæc quidem est quæstio de modo loquendi, & ad praxin non facit, nam certum est, non omnem hujusmodi voluntatem esse captatoriã in eo rigore, quo de illa hîc agimus, quia non omnis talis commissio vitiat dispositionem, ut vidimus. Imò nec omnis illa est in rigore Captatoria, quæ vitiat, ut patet etiam ex dictis, & ex mox dicendis.

325. DICENDUM ergo est cum Covarr. Ant. Perez & aliis, illas solas esse captatorias

rias voluntates à Iure reprobatas, quibus quis tanquam illicio provocat & allicit fraudalenter alium, ut ex ejus hæreditate aliquid capiat, v. g. *Instituo Titium heredem, si etiam ab eo fuero hæres institutus.* Vel: *Instituo Titium in ea parte qua ipse me instituet.* Hoc enim est captare, seu captiosè inducere alium: & est occasio fraudis committendæ, ut casu quo alter fuit inductus, postea captiosus institutor fallat, & nō scribat alterum, capturus tamen ex alterius testamento, si alter fortè priùs decesserit. Hinc

326. Infertur 1. Si fraus omnis abesset, & ex syncero affectu fieret talis invitatio & reciproca Institutio, eam valituram. Habetur expressè in lege 70. *ff. de hær. inst.* [Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt: sed NB. quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.] Quibus ultimis verbis decepti sunt, qui putârunt hæc esse intelligenda de omni commissione in alienam voluntatem. Sed non est iste sensus illorum verborum. Nam per *Secretum alienæ voluntatis*, intelligitur alterius testamentum, seu ultima voluntas reciprocæ Institutionis tanquam conditio.

327. Constat illatio facta etiam ex eo, quòd Conjuges in eadem scriptura & membrana testari, & se reciprocè hæredes instituere possint, ut communiter tradunt DD. *Jul. Clar. q.* 60. & aliis; quos sequitur Gail. *vol.* 2. *obser.* 117. Constat etiam ex *lege* 19. *C. de Pactis.* ubi talis affectus approbatur. *Licet inter privatos hujusmodi scriptum quo comprehenditur* ut is qui supervixerit, alterius rebus potiatur: [Ne donationis quidem mortis causâ gestæ efficaciter speciem ostendat: tamen cùm voluntas militum, quæ super ultimo vitæ Spiritu, deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi judicii obtineat; proponasque te, ac fratrem tuum ad discrimen prælii pergentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos.] Ut ad eum, qui superstes fuisset, res ejus, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent, *existente conditione intelligitur ex fratris tui judicio etiam rerum ejus compendium ad te delatum esse.* Non est autem hoc speciale privilegium militis. Nam & militis testamentum captatoriâ voluntate vitiatur, ut tradunt DD. quia etiam est in militibus turpis.

Infertur 2. Non esse voluntatem captatoriam, si ponatur conditio reciprocæ institutionis de præterito. Ut: *Instituo Titium hæredem, si ille me suum hæredem esse voluit.* Ratio est, quia, cùm requiratur, institutionem jam fuisse positam, non ponitur illicium captiosum, nam hoc debet movere ad institutionem faciendam.

328. Sed quid si Titius scripsisset quidem me hæredem, sed postea mutaret voluntatem, fuissetne conditio sufficienter impleta. R. Quòd non: quia spectatâ intentione instituentis, debet esse constans voluntas; & sic adhuc aliquo modo pendet à futuro: nempe à futura perpetuitate voluntatis. Hoc tamen non reddit captiosam voluntatem, quia omni fraude caret, ut consideranti patet.

Pro Cotonide observo, aliquos putâsse, voluntatem captatoriam eatenus sustineri posse, quatenus habet adjectam conditionem turpem, adeoque civiliter impossibilem, quæ proinde pro non adjecta haberi debeat, ut dicetur cap. seq. Sed falluntur. Nam licèt voluntas deceptoria sit turpis, conditio tamen ista: *si tu me hæredem institutis*: Non est turpis, ut per se clarum est, & ideo falsum est, posse sustineri ex hoc capite, quasi haberet adjectam turpem conditionem.

CAPUT

CAPUT VI.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM, DEPENDENTER A QUIBUS EÆ VALEANT.

DE Conditionibus prout pactis apponi solent, ex professo agendum erit in Tract. de Contractibus in genere. Quia verò in ultimis voluntatibus sunt quædam specialia, ideo breviter hîc de illis dicemus. Est autem in ultimis voluntatibus (sicut & in Matrimonio) specialis doctrina tenenda quoad Conditiones impossibiles, & reprobatas à lege, quam tradam hîc Contr. 3. Deinde verò in tract. de Contractibus in genere tractabo eandem circa Matrimonium. His ergo conditionibus nunc sepositis, agemus de reliquis conditionibus, quæ nec turpes nec impossibiles sunt.

CONTROVERSIA I.

Sub quibus conditionibus institui possit Hæres Suus.

SUMMARIUM.

QUisnam sit Hæres suus. 329.
Sub quibus Conditionibus possit hæres extraneus institui. 330.
An Hæres suus *possit institui sub conditione potestativa.* eod.
In dubio, an fuerit in potestate instituti implere conditionem, ad Iudicem spectat, definire. 331.
Quæ sententia antiquo jure obtinuerit circa Institutionem sub conditione. 332.
Quid de Iure novo dicendum. 333.
Ex limitatione Adversariorum declaratur utilitas Conclusionis. 334.
An mater possit sub conditione casuali instituere filium. 335.
Quare possit Mater instituere sub conditione: si fuerit emancipatus. 336.
An possit filius à matre exhæredari in favorem filii. 337.
Differentia notabilis in hoc puncto inter hæredem suum & extraneum. 338.
An valeat institutio hæredis sui sub conditione casuali de præterito. 339.
An rumpatur testamentum agnatione posthumi, si conditio prius fuerit impleta. eod.
An conservetur testamentum acquiescendo conditioni. 340.
An Ius antiquum sit Iure Codicis correctum. 341. 342. 343.
Inconsequentia Julii Clari notatur. eod.

329. NOtandum 1. Hæredem *suum* hîc omnem illum esse, qui vel debet nominatim exhæredari, vel hæres institui, adeoque si prætereatur, rumpitur testamentum: hujusmodi non tantùm sunt filii & filiæ (Iure novo) ut dicetur, sed etiam Nepotes & Neptes, quando in locum suorum parentum succedunt.

330. Notandum 2. Hæredem extraneum posse institui cum quovis genere Conditionum, hoc est, tam sub conditione potestativâ, quæ nimirum est in potestate hæredis scripti, quàm sub casuali, & mixta, etiam de futuro, ità ut successio suspendatur usque ad eventum conditionis, quâ expletâ retrotrahitur ad punctum mortis.

Notandum 3. Hæredem suum posse *ad minimum* institui sub conditione potestativâ, non turpi, v. g. *Instituo filium meum hæredem, si litteris operam dederit. l. fin. ff. h. t.* ibi. *sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate.* Hinc infertur, posse etiam conditioni implendæ tempus designari: v. g. *si intra annum ad scholas accesserit.* Ratio est: quia cùm in illius potestate positum sit, implere conditionem, si eam implere nolit, utique rectè censebitur hæreditatem repudiare: ergo ut sic non potest impugnare testamentum, quasi præteritus esset. Quodsi ante tempus adjectum moreretur, ità ut supervivens potuisset adhuc conditionem implere, quamvis etiam ante mortem implere potuisset, videri posset tacitè repudiâsse hæreditatem, quia non implevit conditionem cùm posset. Hoc tamen absurdè diceretur, quia cùm illi liberum relictum sit majus tempus, non potest inde colligi animus non implendi unquam conditionem. Quid ergo dicendum, cùm neque conditionem impleverit, nec etiam hæreditatem repudiaverit? an conditio evasit impossibilis? Ego mal-

lem dicere, conditionem aliquo modo purificatam fuisse, inspectâ intentione Testatoris: nam Intentio testatoris fuisse videtur: *nisi per tantum temporis adire studia neglexerit.* adeoque adjectio conditionis est negativa, & similis illi quæ habetur *l. 8. §. 7. Si Stichum manumiserit.* & Stichus mortuus est, tunc enim hæres non submovetur, quia per bæredem non stetit, quominus conditio impleretur, sed de hoc infrà. Dixi *ad minimum.* Nam controversum est, an Iure novo possit institui etiam sub conditione casuali: Negativa est communior, quam in præsenti supponemus, de illius veritate infrà acturi, ubi etiam dicetur, quòd legitima debeat purè & absque omni conditione relinqui.

331. Notandum 4. Cùm sit quæstio facti, utrum in potestate filii fuerit, implere vel non implere conditionem, & sæpè possit dubium esse, an fuerit in illius potestate, ad Iudicem spectabit hoc definire. *l. 4. §. 1. ff. de heredib. Instit. Puto rectè definiri generaliter, utrum in potestate fuerit conditio, an nō fuerit, facti potestas est.* & additur exemplum. *Potest enim & hæc*, si Alexandriam pervenerit, *non esse in arbitrio per hyemis conditionem: potest & esse, si ei qui à primo milliario Alexandriæ agit, fuit imposita.* His positis

Prima Sententia distinguit inter filium & Nepotem. Filium (&filiam) ait non posse institui nisi sub conditione potestativa, Nepotem verò & Neptem etiam in eo casu, quo sunt vel exhæredandi vel instituendi, posse etiam sub casuali aut mixta conditione institui. Ità ex professo hanc sententiam propugnat Duarenus in *Comment. in hunc tit. c. 4. §. sequuntur, circa medium.* & Ant. Perez *h. t. C. de Instit. & substit. n. 6.* Gilkennius *in eund. tit. & leg. 4. n. 9.* Colleg. Argent. *in h. t. ff.* Obrecht, & alii ibid. citati. denique Hunnius in Treutl. *vol. 2. d. 11. th. 3. q. 23.* & Bacchovius *in eund. Treutl. litt. D. §. Hodie.* hi videntur eam supponere.

Secunda sententia nullam huiusmodi distinctionem admittit, sed idem vult de Nepotibus dicendum. Ità Iulius Clarus §. *testamentum. q. 39. n. 3.* Et eam videtur præferre Manzius, quamvis tandem dicat, se subsistere: Pro eadem sententia stat glossa *in l. si pater. C. de Inst. & Substit.* & reste Iulio Claro est communis opinio, & pro ea stare fatetur ex adversariis Gilkenius Bartolum, Castrensem, Rodericum, Suarez, Decium. Eandem tenet Grassus §. Testamentum. q. 37. n. 4. & Treutlerus l. cit.

332. Certum est, Iure antiquo primam sententiam obtinuisse, nam in lege 6. §. 1. ff. de hæredib. inst. sic habetur. [Nepotes autem, & deinceps cæteri, qui ex lege Velleia instituti, non rumpunt testamenta, sub omni conditione institui possunt, etsi NB. redigantur ad filii conditionem.] Ad hoc ipsum probandum adducunt Duarenus & Gilkenius legem 1. §. *sciendum. ff. de suis & legit. hæredib.* sed ego nihil hujusmodi lego in hoc textu. Adducunt etiam *legem 4. ff. de hæred. inst.* ubi filius solus excipitur. Sed ad hoc facilè responderetur, excipi solum filium, dum ille existit; & per consequentiam excipi etiam Nepotem in casu quo in locum filii intrat. Gilkenius item citat. *legem 3. §. 13. de bonorum possess. contra tab.* Sed si ego bene textum intelligo, ex eo potiùs contra hos AA. probari potest secunda sententia. nam statim §. sequente comparatur in hoc puncto Nepos filio. Textus sic habet. [Si sub ea conditione filius emancipatus hæres sit institutus, quæ in ipsius potestate nō est: quia scriptus hæres est, bonorum possessionem secundùm tabulas accipere potest & debet, nec contra tabulas potest: & si fortè defecerit conditio, tuendus erit à Prætore in tantùm, quantum ferret, si contra tabulas bonorum possessionem accepisset. §. 14. Sed & si nepos sub hujusmodi conditione scriptus sit hæres, idem erit dicendum.] Vides quòd Nepos in casu quæstionis eum filio comparetur. Itaque solus primus textus mihi videtur negotium facessere secundæ sententiæ. Tota erga difficultas est, an Ius Antiquum quoad hoc punctum sit immutatum Iure Novo, & sic præferenda sit secunda sententia in hoc, quòd, ex hypothesi (de cujus veritate postea videbimus) filium etiam jure novo invalidè institui sub conditione casuali, etiam in hoc Nepos illi sit exæquatus.

333. CENSEO 1. Jure novo præferendam esse secundam sententiam. Probatur. 1. Ratio cur Iure antiquo aliud de Nepotibus constitutum fuerit, cessat Iure novo: ergo etiam cessat differentia. Antecedens probatur. Ratio enim discriminis statuendi in hoc puncto erat, quòd leges magis favebant constitutis in primo gradu, quàm constitutis in secundo. Nam olim nepotes præteriti non rumpebant, aut annullabant testamentum, sed jus accrescendi ad certam portionem iis præstabatur. Deinde non debebant nominatim exhæredari, sed sufficiebat eos *inter cæteros* exhæredari, & ità præteriti pro exhæredatis habebantur. At verò Iure novo sicut fœminæ maribus, ità Nepotes filiis exæquati sunt; sicut ergo filius hoc jus habet, ut non possit nisi sub potestativa conditione institui, ità Nepos in hoc quoque jure succedit in locum sui patris, quando fit hæres suus. Hæc exæquatio satis clarè habetur §. 5. *J. de exhæred. lib.* ubi Imperator sic loquitur. [Ideo simplex ac simile jus & in filiis & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur, & eundem habeant effectum NB. circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hæreditatem auferendam, quem filii sui & emancipati habent.] Quibus verbis præcluditur

tur effugium adversariorum, quasi tantùm constitutum hic esset, ut non possint Nepotes præteriri. Atqui, inquiunt: Qui sub conditione casuali iostituitur, non potest dicere se præteritum: Ergo quoad modum instituendi non est correctum jus antiquum in Nepote, sicut in filio. Sed contra est, quia dum vetatur Nepos præteriri, vetatur hoc ipso institui sub conditione casuali. Quia institutio non facta secundùm Iura, æquivalet præteritioni. Certè Nepos hac ratione non posset infirmare testamentum sicut posset filius, qood textui repognat.

Probatur assertio 2. Ratiooe. Quia ratio favendi in hoc puncto filiis, procedit æqualiter in Nepotibus, quando tenent locum filii defuncti. Cur enioi leges favent filiis in successione? quia per filios familiam propagandi spes est: atqui tota hæc spes recumbit in Nepotem defuncto filio: ergo est eadem ratio.

334. Fatetur tamen ex Adversariis Gilkenius n. 10. quòd licèt Nepos sub conditione casuali institutus non possit infirmare testamentum, sicut posset filius, ob speciale privilegium concessum in Iuribus suprà adductis, attamen conditio casualis rejiciatur, ac habeatur pro non adjecta, & per consequens non habeat opus querelâ *inofficiosi*, sed ex testamento. hæres futurus esset: unde infert solutionem argumenti quo quidam nostræ sententiæ patroni utebantur, ut Jason & Decius, quòd nempe alioquin durissima esset conditio Nepotis, qui secundùm sententiam Adversariorum totâ avitâ hæreditate fraudari posset. Hanc, inquam sequelam ille negat, quia hujusmodi conditiones casuales pro non scriptis habentur quoad legitimam portionem. *l. 32. C. de inoff. test.* ibi. [Ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, (*per querelam*) hoc in præsenti addendum censemus, ut si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliquâ dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen inducente eorum jura, qui ad memoratam actiooem (*querelæ*) vocabantur, immionta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, &c. tollatur.] Volunt ergo Adversarii, quòd in casu de quo disputamus, Nepos consequeretur quidem legitimam, conditione casuali etiam non impletâ, imò non expectatâ, sed negant, quòd testamentum posset dicere nullum, adeoque succedere pleno jure, sicut posset filius, quod tamen asserit nostra sententia. Et hinc appatet utilitas hujus controversiæ.

335. Adversarii, & speciatim Duarenus L. c. per consequentiam doctrinæ docent, quòd Mater possit etiam filium sub cooditione casuali instituere, quia hujusmodi Institutio non est præteritio. & confirmatur etiam ex eo, quòd Matri permittatur instituere filium sob conditione emancipationis *l. 33. §. 1. in med.* ibi. *Cùm possit sub conditione emancipationis hæreditatem suam mater filio derelinquens, & patris odium punire, & juri filii sui minimè notere, nec suam naturam fallere.* Atqui hæc est conditio casualis respectu filii. Ergo, &c. Verùm conformiùs dictis & nostræ sententiæ dicitur, Matrem quoque non posse sub conditione casuali filium instituere iure Nov. 115. c. 3. quia, ut eam jam suprà retulimus, mater æquè ac pater prohibetur filium præterire; atqui institutio sub conditione casuali, habet rationem præteritionis, quatenus exponit periculo, ut omni hæreditate careat, cui periculo obviavit Imperator dum dicit: *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri, aut avo, vel aviæ, proavo, vel proaviæ, suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire.*

336. Neque obstat, quòd matri concessum sit iostituere filium sub cooditione: *si fuerit emancipatus*: hoc enim non potest extendi ad alias conditiones casuales, sed in hac est specialis ratio, nempe hoc conceditur ideo, quia talis conditio cedit in favorē filii, ne scilicet pater consequatur usumfructum. Nihilomious benè notat Ant. Gomez *to. 1. Resol. c. 11. n. 27.* Etiam hanc conditionem habendam esse pro non scripta, sed rejiciendam quoad legitimam, utpote quæ debetur purè & sine onere.

337. Ex eodem fundamento defendit Julius Clarus *q. 41. n. 7.* posse filium à matre exhæredari, si exhæredatio cedat in favorem filii, v. g. si mater advertat patrem bona filii dilapidatutum esse: ad hoc cavendum potest filium exhæredare, instituendo alium hæredem, qui tameo gravetur restituere hæreditatem filio, quando sui Iuris effectus fuerit. Et hanc dicit esse communem. Videtúrque niti regulâ: *Quod in alicujus commodum, &c.* Nam quòd non possit filius exhæredari à matre, est introductum in favotem filii. Si ergo econtrario exhæredatio cedat in favorem filii, non erit hic casus sub illa lege comprehensus.

338. DICENDUM nunc 2. Hæres suus in hoc etiam differt ab Extraneo, saltèm jure antiquo, quòd si scribatur hæres sub conditione potestativa quidem, sed turpi, adeoque civiliter impossibili, testamentum sit nullum, & hæres succedat ab intestato, cùm tamen (ut alibi dicemus) si hæres extraneus sub tali conditione scribatur, testamentum subsistat, & coodìtio habeatur pro non scripta. Habetur in lege 15. *ff. h. t.* [Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus hæres, quam Senatus, aut Princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in ejus potestate: nam quæ facta lædunt pietatem, &c. nec facere nos posse credendum est.]

339. DICENDUM 3. Si hæres suus scribatur hæres sub conditione casuali de præterito seu præsenti, & conditio est purificata, valet Institutio. *l. 10. §. 1. ff. h. t.* ubi ratio redditur.

ditur. *cùm nulla sit conditio* (intellige suspensiva) *quæ in præteritum confertur.*

Hinc infertur, non rumpi testamentum agnatione posthumi, sed valere, si sub conditione casuali hæres scriptus est, conditione existente ante nativitatem illius. Ratio est quia jam est conditio præterita respectu temporis, quo cœpit esse suus. & habetur expressè *lege 22. ff. de liber. posthum.* [Cùm posthumus sub conditione institutus, si priùs quàm nascatur, conditio extiterit, non rumpitur testamentum posthumi agnatione.]

340. DICENDUM 4. Si filius conditioni adjectæ acquievit, & ex testamento hæreditatem agnovit, conservatur testamentum. *l. 2. §. 1. v. & quamvis. ff. de bonor. poss: secund. tab.* ibi [& quamvis defecerit conditio, prætor tamen filium, qui admiserit, secundùm tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit.]

Restat nunc breviter aliquid dicendum, de Controversia sup. Not. 3. insinuata & huc dilata, an reverâ hodiéque subsistat Ius antiquum, vetans hæredem filium institui sub conditione casuali. Et quidē valde communis est sententia, hodiéque subsistere. & hanc sententiam sup. permisimus, & ex illius suppositione agitavimus controversiam (quæ alioquin cessasset) an sit hodie Iure novo discrimen inter filium & nepotem.

341. Cæterùm, non minùs communis multorum & gravium DD. est opinio, Ius illud antiquum esse Iure Codicis correctum. adeoque hodie valere huiusmodi testamentum, ità quidem, ut filius legitimam (quæ sine omni onere relinquenda est) statim consequatur, quia conditio adjecta rejicitur tanquam non scripta respectu legitimæ: quoad residuum verò in quo hæres sub conditione scriptus est, conditionem esse exspectandam, & si non impleatur, nocere filio, & illam partem accrescere cohæredi dato, quodsi nullus cohæres datus esset, accresceret ipsi filio. Hanc tenent Paulus Castrensis, *in l. suus quoque.* Bertrandus *lib. 1. Cons. 171.* dicens hanc esse hodie magis receptam, Jason *in l. si pater. n. 9. & l. si mater. n. 4. ff. de vulg. subst.* Ferdin. Vasq: §. 20. *n.* 8. & alii, quos refert & sequitur Michael Grassus §. *Testamentum. q.* 37. item Julius Clarus *q.* 39. *n.* 4. sic concludens. Tu ergo, quidquid dicant alii, tene opinionem Bartoli, tanquam magis communem & veriorem. Eandem tenet Treutlerus *v.* 2. *d.* 11. *th.* 3. Pro hac sententia refertur etiam à Manzio *n.* 41. Ant. Perez *n. 6. C. de Inst. & Subst.* Verùm hic auctor statim numero sequente contrarium tenet cum Duareno & Fachineo. Quorum sententiam dicit esse veriorem. Ipse autem Manzius se non satis resolvit, nisi quòd tandem n. 47. dicat, sententiam Bartoli esse æquiorem, Duareni autem in puncto Iuris veriorem.

342. Ego sine ullo scrupulo sententiam Bartoli amplector, etiam stando in puncto Iuris, & censeo Iure novo correctum esse Ius antiquum. Probatur unicè ex lege 36. §. 1. *C. de inoff.* ubi sustinetur testamentum, quod jure antiquo fuisset nullum ob adjectam conditionem, & tacitam filii præteritionem. [Cùm autem quis extraneo hærede instituto restituere eum filio suo hæreditatem suam, *cùm moriatur*, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quæ antea composita est, omnem dilationem omnémque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox filio restituatur, in huiusmodi specie, quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque quartæ quidem partis restitutionem jam nunc celebrari, non exspectatâ nec morte hæredis, nec temporis intervallo, reliquum autem quod post legitimam portionem restat, tunc restitui quando testator disposuit.]

Dixi, unicè ex hac lege mihi hanc sententiam probari. Scio ab aliis adduci etiam legem 31. & 32. eod. Sed ex his nihil probatur, quia hæ leges loquuntur de casibus, quibus jure antiquo etiam testamentum valebat, sed per *querelam inofficiosi* poterat impugnari: præsens autem quæstio est de casu quo jure antiquo fuisset nullum.

343 Objiciunt adversarii præcipuè, Iurium correctionem esse vitandam, & jura potiùs concilianda, præsertim cùm lex allata extiterit in antiquo Codice, & inde in novum sit translata, putántque hanc etiam legem posse & debere accipi de casu, quo antiquo jure valuisset testamentum, & per querelam potuisset impugnari.

R. Cùm adversarii fateantur, sententiam Bartoli esse æquiorem, & reverâ ità sit, quia favet testamentis, & sustinet ultimam voluntatem testatoris quoad illam partem & portionem, in qua non tenebatur filium instituere, in qua filius habetur instar extranei, non video quare pro sententia antiqui juris minùs æqua scrupulosè laborandum sit, ut non sit correcta à Iustiniano, amore majoris æquitatis, quem nemo ignorat fuisse ob hanc æquitatem admodum liberalem in emendandis juribus antiquis: hoc sanè erit Iustiniano magis honorificum, & ad mentem ipsius, esto non satis disertè enuntiatam.

Hâc ergo sententiâ suppositâ, censeo, Iulium Clarum & quosdam alios non satis consequenter procedere, quando asserunt, adhuc hodierno Iure procedere id, quod supra Conclusione secundâ diximus de Conditionibus impossibilibus, quòd inquam hodieque vitient testamentum patris. Consequentiùs enim dicendum videtur (quod etiam advertit Manzius n. 45.) eas potiùs vitiari, & non vitiare, hoc est, rejiciendas esse tanquam non scriptas, & sic testamentum sustineri. Fatetur sanè Iulius Clarus, quòd Filius sub conditione impossibili institutus

tutus, possit quidem, sicut extraneus dicere conditionem nullam & rejicere, sed quia satius est, illum ab intestato absque legatorum onere succedere, hoc putat habere præcipuum, ut ipsum testamentum nullum dicere possit. Sed de hoc satis, & theoricè dicta sint; nam in praxi credo quòd conditiones impossibiles testamentum patris vitiarent, ut jure antiquo constitutum est, quia illud Ius non invenitur claré & in terminis mutatum, sed solùm per doctrinæ consequentiam impugnatur, ut vidimus.

CONTROVERSIA II.

Quomodo Extranei Institutio pendeat à Conditionis eventu.

SUMMARIUM.

Institutio servi sub conditione casuali deficiente quousque deficiat. 344.
Quid si ab alio ad hæreditatem aspirante conditionis eventus impediatur. 345.
Quid si institutus sub conditione potestativa, fecit quantum potuit. 346.
Quid si in aliqua parte absolutè, in alia conditionatè institutus, nullum habeat substitutum. 347.
Quid si testator in causa est, quominus conditio impleri possit. 348.
An obstet conditio honesta in fraudem legis adjecta. 349.
An aliquando sufficiat, conditionem impleri in æquivalenti. 350.
Quid si conditio sit negativa, quæ non nisi in morte impletur. 351.

Est quidem Regula generalis, quòd deficiente conditione deficiat Institutio, quia deficit Intentio Instituentis. Sed quia hæc Regula, si secundùm corticem verborum accipiatur, habet aliquas exceptiones, ideo his declaratis constabit de generalitate Regulæ. Itaque

344. DICENDUM 1. Si dominus servum suum hæredem instituit sub conditione casuali, tunc conditione deficiente deficit quidem Institutio quoad Hæreditatis consecutionem, sustinetur tamen quoad libertatem. Imò in certo casu etiam quoad hæreditatem. *l. fin. C. de necess. serv. Instit. hæredib.* ibi. [Sin autem casualis conditio est, & ex fortunæ insidiis defecerit, tunc humanitatis intuitu libertatem quidem ei omnimodo competere, hæreditatem autem, si quidem solvendo sit, ad alios venire, quos leges vocant, nisi aliquis fuisset substitutus (*aut cohæres datus esset, cui accresceret, quod subintelligendum.*) Sin autem solvendo non sit ut necessarius hæres institutus simul libertatem & hæreditatem obtineat: tunc enim & liber & hæres necessarius existat.]

345. DICENDUM 2. Adjectâ conditione casuali, si ab alio ad hæreditatem aspirante ejus eventus impediatur, tunc, nisi apertè constaret de voluntate testatoris, quòd vellet simpliciter alligare institutionem eventui conditionis, perinde esset, acsi conditio evenisset, per Regulam Iuris 161. [Iure civili receptum est quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, acsi impleta conditio fuisset, quod ad libertatem, & legata, & ad hæredum institutiones perducitur.] Dixi: *nisi apertè constaret. &c.* quam limitationem etsi alii DD. non addant, eam tamen reprobare non poterunt. Fieri enim potest, ut conditionis impeditio non sit ingrata testatori, & possit licitè ab hærede alio impediri. v. g. desiderat Testator adventum navis hoc anno ex India, & ad hujus adventum promovendum (qui tamen est casualis) stimulat Titium suum fratrem, qui potest promovere, utque eo magis stimuletur, scribit Cajum hæredem sub hac conditione; *si navis hoc anno non venerit ex India*: potest Titius absque omni fraude promovere navis adventum, quæ alioquin non fuisset ventura: sicque impediet conditionis eventum ex mente testatoris: quid ni ergo impediatur Institutio & Titius succedat ab intestato? Nam Regula soli fraudi voluit obviare.

346. DICENDUM 3. Adjectâ conditione potestativâ, vel mixtâ, si nullâ negligentiâ, aut culpâ hæredis instituti fiat, quominus conditio impleatur, eò quòd quantùm in se est, præstiterit quod potuit, perinde est acsi conditio evenisset. Hujus conclusionis exempla plura habentur in Iure. Primum in lege 1. *C. de Inst. & Subst.* *Cum avum maternum eâ conditione filiam tuam hæredem instituisse proponas*: si Antylli filio nupsisset: *non priùs eam hæredem existere, quàm conditioni paruerit, aut Antylli filio recusante Matrimonium impeditum fuerit, manifestum est.* Secundum exemplum habetur lege 11. ff. *de Condit. Instit.* *Si quis in testamento hoc modo scripserit.* Filius meus si Titium adoptaverit, hæres esto: si non adoptaverit, exhæres esto. *& filio parato adoptare, Titius nolit se adrogandum dare, erit filius hæres, quasi impletâ conditione.* Tertium exemplum habetur lege 23. *eod.* ibi. *Plerumque enim hæc conditio*: si uxorem duxeris: si feceris: *Ità accipi oportet, quòd per eum non stet, quominus ducat, det, aut faciat.* Meritò dicit JC. plerumque ità interpretandam esse voluntatem testatoris; nam iterum fingi posset casus, quo constaret, testatoris voluntatem esse alligatam eventui conditionis, ità ut undecunque ejus eventus impediatur, Institutio evanescat. Sed quia cuivis facile est casum fingere, supersedeo. Ratio conclusionis est iterum Regula

Iuris 66. in 6. *Cùm non stat per eum ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde, acsi impleta fuisset.*

347. DICENDUM 4. Si quis in aliqua parte est absolutè institutus, & in alia conditionatè, nullúmque habeat hæredem substitutum, tunc non est necesse exspectare eventum conditionis, sed statim tota hæreditas adiri potest. Probatur, vel enim eveniet conditio, vel non. si primum, habebit jure institutionis: si non, habebit jure accrescendi. *l. 33. ff. de hæredib. instit. Si quis ità scripserit*: Titius ex p tte dimidia hæres esto: idem Titius ex altera parte dimidia, si navis ex Asia venerit hæres esto. *Cùm ex pura institutione adierit hæres, quamvis conditio alterius institutionis pendeat, ex asse fit hæres, scilicet etiam conditione deficente: cùm non prosit ei quidquam conditio existens.* & lege 27. eod. *Si te solùm ex parte dimidia purè, ex altera sub conditione hæredem instituero, & substituero tibi, non existente conditione, substitutum ex ea parte hæredem fore Celsus ait.*

348. DICENDUM 5. Si ipse testator in causa est, cur conditio impleri non possit, v. g. si sit excommunicatus, & posuerit conditionem: *si hæres eum sepeliri curaverit in loco sacro*: resistente Episcopo, censebitur conditio impleta. Quia non stat per hæredem, quominus impleatur, & est conditio ex genere potestativarum, sicque coïncidit hæc Conclusio cum Concl. 3. Ità Grassus §. *Institutio. q. 26. n. 9.* & apud eundem Ferd. Vasq. *Illust. controv. lib. 3. c. 93. n. 10.*

349. DICENDUM 6. Conditio, quantumvis secundùm se honesta, adeoque possibilis & non turpis, si tamen in fraudem legis adjiciatur, non vitiat Institutionem, sed rejicitur, acsi adjecta non esset. colligitur ex *l. 7. ff. h. t.* [Si quis sub conditione hæredes instituisset, si invicem cavissent, se legata testamento relicta reddituros, placet remitti eis conditionem, quia ad fraudem legum respicerent, quæ vetarent, quosdam legata capere: quanquam, etsi cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor.] Nem e, quia cautio nullã induxisset obligationẽ, ideo actoris intentio exceptione elideretur.

350. DICENDUM 7. Etiamsi conditio apposita nõ impleatur formaliter, aliquando tamen sufficiet impleri in æquivalenti, si appareat sic quoque obtineri finem à Testatore intentum. Colligitur ex *l. 3. C. h. t.* [Si mater vos sub conditione emancipationis hæredes instituit, & priùs quàm voluntati defuncti pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus est, morte ejus, vel alio modo patriâ potestate liberati, jus adeundæ hæreditatis cum sua causa quæsistis.] Ratio est, quia quando constat de voluntare testatoris, habetur casus omissus pro expresso.

351. DICENDUM 8. Conditione negativâ adjectâ, quæ non potest nisi in morte impleri, v. g. *si nunquam uxorem duxerit*, non est exspectanda impletio conditionis, sed statim tradendum quod relictum est, præstitâ cautione Mucianâ, seu fidejussoriâ, quòd si contra conditionem adjectam venerit, velit restituere illis quibus alioquin obvenissent. *l. 7. ff. de Condit. & Demonstrat.* ibi. *Nec solum in Legatis placuit, verùm in hæreditatibus quoque idem remedium admissum est.* Quæ cautio solùm requiritur, quando cohæres datus est, cui caveatur. *l. 4. §. 1.* Nam nullo dato cohærede, non est cui caveatur, & sic evanescit conditio, tanquam impossibilis.

CONTROVERSIA III.

Quid Iuris sit in Conditionibus Impossibilibus, & Turpibus.

352. Iustinianus Imperator in Instit. §. *si impossibilis. de Inutilib. stipulat.* conditionem impossibilem sic definit. *Impossibilis conditio est, cui natura impedimento est, quominus existat.* Accuratiùs distinguunt tum Theologi tum Juristæ, quòd Conditio impossibilis sit, quæ vel ex natura rei talis est, ut: *si Hircocervum ceperis*: vel quæ est impossibilis de facto: ut. *si Cælum digito tetigeris*

tetigeris. si mihi in dotem montem aureum dederis. vel denique est impossibilis, quia lege teprobatut,ut nō possit licitè fieri. id enim, juridicè loquendo solum possumus, quod jure possumus, *L. Nepos. ff. de V. S.*

353. DICENDUM 1. Spectatâ præcisè rei naturâ, & seclusâ lege positivâ, sicuti hujusmodi conditioues vitiaut contractus inter vivos, ità etiam vitiarent ultimas voluntates, quatenus præsumeretur voluntas Testatoris álligata esse conditioui, & in ejus defectum nolle hæredem cousequi bæreditatem.

354. DICENDUM tamen secundò, ex legnm ordiuatione æquissima,hujusmodi conditioues iu ultimis volontatibus adjectas, pro non adjectis haberi, hoc est, rejici perinde ac si adjectæ nō essent,& dispositionem absolutè sustineri. Ità habetur §. *Impossibilis Inst. de hæredib. Inst. Impossibilis conditio in Institutionibue, & Legatis, necnon in fideicomissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.*

Fatigaut autem sese Interpretes, qnomodo Leges hoc stamere potueriut. Si enim intentio Testatoris est alligara conditioni, non apparet, quomodo possit haberi pro non adjecta: sic enim hæres potiùs ex ordinarione legis ad hæreditatem veniret, quàm ex voluntate testaroris.

355. Franciscus Duarenus subriliter hac de re discurrit, & dicit, quæstiouem, au conditio impossibilis habenda sit pro non adjecta, esse magis facti & voluntatis, quàm Iuris. Quæritur enim, qnid cogitatum fuerit à testatore: fortè enim is qui adscripsit talem condirioucm, cogitat, se nibil agere, quia non potest impleri coudirio, & ideo nihil consecumrus est qui scripms est hæres. Potest tamen etiam cogirare contrarium, nempe eum consecuturum hæreditatem, eò quòd iuiqnum sit, eum cogi ad parendum conditioni quæ impossibilis est, quæ in ipsius potestare non est. Sic ambigua est volnntas ejus, qui condirionem adscribit. In dubio ergo quid dicendum? Distingunntur ultimæ voluntares à contractibus. nos pleniùs interpretamur ultimas voluntates, *L. in testamentis ff. de R. I.* In contractibus si qnid parùm expressom sit, vel ambignum, imputaudnm est contrahentibns, qui potueruur curare, ut ea obscuritas vel ambiguitas explicaretur. Ideo interpretamnr eos nibil agere voluisse adjectâ tali conditione impossibili; cùm ex duorum voluntate contractus pendeant. Legata autem vel Institutiones pendent ex unins voluntate, nec potest culpæ legatarii adscribi, quòd non procuraverit Institutionem apertiotibus verbis concipi. Ità Duarenus.

356. Paulò meliùs videtur rem declarare Lugo, recurrendo post alios DD. ad Præsumptionem: aliter euim leges præsumunt de voluntate ultima hominis, & aliter de voluntate contrabentium inter vivos. Nam licèt reverâ testator non habuerit sufficientem actualem voluntatem trauslativam dominii, utpote conditionatam, conditione nou existeute, ex naturali tamen æquitate lex intarpretatur, quòd habimalirer fuerit ità compararus testator,ut si conditio esset impossibilis, veller suam voluntatem esse absolntam, adeoqne sicut ipse testator illam couditionem ablaturus erat, ità lex suâ auctoritate supplendo ejus voluntatem aufert illam.

357. Cur autem hoc potiùs faciat lex in ultimis voluntatibus, quàm in contractibus inter vivos, rationem reddit idem Cardinalis, quòd cùm homini summè expetibile sit, non mori intestatum, (vel ut Iuristæ loquuntur, cùm Reipublicæ intersit suprema hominum judicia exitum habere) rectè præsumatur, non voluisse jocari, sed potiùs judicâsse, conditionem esse possibilem, eóque fuisse animo, ut si impossibilem esse scivisset, non apposuisset, adeoque eam pro non adjecta haberi voluisser potiùs, quàm actum suum ultimum invalidum reputari. Quæ voluntaris interpretatio non est necessaria contrabentibus iuter vivos, cùm ipsimet possiut suam voluntatem declarare, &, si velint, ablatâ conditione iterum contrahere.

358. Confirmare hæc possumus hoc discursu. Conditiones adjici possunt à contrahentibus duplici intentione. Primò simpliciter & absoluiè suam intentionem illis alligando. Secundò non simpliciter alligando, sed cum hypothesi & conditione reflexâ (implicitè, vel explicitè) *nisi conditio sit possibilis, aut à lege reprobata.* Adeoque ipsa requisitio conditionis potest non esse absoluta, sed reflexè hypothetica, v. g. *Lego Titio centum, si quadraturam Circuli invenerit, si tamen inveniri possibile sit.* Ecce! ipsam condirionem inventionis non requirit testator nisi conditionatè: *si possibilis sit.* Unde si coustet esse impossibilem, jam conditio prior ex ipsius testatoris intentione habebitur pro non adjecta. Itaque in favorem ultimarum voluntatum, quas homines malunt valere, quàm non valere, leges præsumnut, hujusmodi conditioues impossibiles non nisi conditionatè adjectas esse. Non voluerunt tamen hoc ipsum præsumere de contrahentibus contractu inter vivos, quia communiter & per se loqnendo nihil illis nocet, contractum vitiari, cùm possint, si velint, de novo contrahere, sublatâ couditione impossibili. Hactenus generalem regulam proposuimus, nempe Condiriones turpes & impossibiles in ultimis voluntatibus pro non adjectis baberi, hoc est, perinde non attendi, acsi nulla illarum mentio facta fuisset. Videndum nunc est, an hæc regula patiatur aliquam exceptionem, aut limitationem.

359. Et imprimis dubitari potest, an hoc procedat etiam de illis condirionibus, quæ quidem suut turpes ex parte accipientis, sed non sunt turpes ex parte eas requirentis. Hoc dubium

bium mihi & oretenus & in scripto proposuit Iuris Interpres & Professor, quem ego maximi facio, & veneror, dixitque, se in nullo Iurista illius resolutionem invenire. Ratio dubitandi est hæc. Illæ Conditiones turpes videntur in ultimis voluntatibus habendæ pro non adjectis, quæ inter vivos adjectæ pactis & contractibus ipsum actum redderent nullum: atqui hujusmodi sunt conditiones turpes ex parte solius accipientis. Ergo & hæ sunt pro non adjectis habendæ in ultimis voluntatibus. Major supponebatur. Minor probabatur, & ponebantur hæc exempla: *dono tibi inter vivos, vel promitto centum, si delictum non committas, promitto tibi centum, si rem depositam mihi restituas, si singulis diebus dominicis sacrum audias*. Ex his pactis non modò nulla nascitur obligatio, sed & solutum repeti potest. *l.* 2. *ff. de condictione ob turp. caus.* ibi. *In qua specie Julianus scribit, si tibi dedero ne hominem occidas, condici posse*. Ratio etiam est. Nam licèt honestum sit, & honestè agat, quisquis à furto, sacrilegio & homicidio abstinet, facit tamen turpiter, qui se ut abstineat, pecuniam ab aliquo accipit, debet enim sua cuique innocentia esse præmium, nec amore pecuniæ, sed solius virtutis, adeoque nec pœnæ formidine à sceleribus abstinendum est, & ad publicam utilitatem maximè pertinet, ut solâ legum auctoritate coërceantur homines, ne delinquant, qui solo virtutis amore ad innocentiam invitari non possunt, quæ nunquam debet esse venalis. *L. Jus gentium.* 7. §. *si ob maleficium. ff. de pactis*. Nam qui pecuniam accipit, ne maleficium committat, hoc ipso testatur, se id commissurum fuisse, si pecuniam non accepisset, quod ipsum per se turpe est.

360. Hæc fuit Viri Doctissimi ratio dubitandi. Respondi tamen, non rejici in ultimis voluntatibus nisi illas conditiones turpes, quæ licitè fieri non possunt seclusâ ignorantiâ, adeoq; quæ neque possunt honestè exigi; eas verò quæ solùm sunt turpes ex parte accipientis, secundùm se verò & intrinsecè sunt honestæ, & sola perversa voluntas accipientis est inhonesta, quatenus nisi acciperet præmium, inhonestè acturus esset, has inquam, si adjiciantur ultimis voluntatibus, dixi esse ab hærede, aut legatario implendas, alioquin dispositionem fore nullam. Rationem dedi imprimis ex absurdo quod sequeretur, si talis conditio habenda esset pro non adjecta. Sequeretur, inquam, quòd si quis hæres scriptus esset sub hac conditione: *si concubinam domo ejecerit*: quòd hæreditatem capere posset, etiamsi concubinam non ejiceret, quod est satis absurdum, & contra omnium sensum. Deinde idipsum probavi ex Matrimonio. Quia sequeretur, quòd Matrimonium valeret, si quis cum altera contraheret cum hac expressa conditione & restrictione. *si fidem Catholicam profiteri velit*. etiamsi fidem Catholicam non profiteretur.

Quam responsionem meam ille JC. approbavit, eamque scripto complexus est hoc tenore.

361. [An verò si delictum ipsi legato contrarium Legatarius committat, v.g. furtum faciat, hominem occidat, vel diebus dominicis sacrum non audiat, nihilominus Legato, veluti ex suprà dictis ob rejectam conditionē puro, potiri debeat, alterius quæstionis est; quæ, verbis legis per se inspectis, ob conditionis rejectionem affirmativè: ex mente verò Legislatoris spectata, & ad rationis dictamen restrictâ, meritò negativè decidenda videtur, ut ejusmodi conditionis, ex sola accipientis parte turpis, à testatore facta adjectio, eum saltem effectum omni jure laudandum, ex ipsa testatoris voluntate secundùm æquitatem ipsam præsumpta, teneat, quo Legatarius à quavis delicti specie metu amittendi Legati deterreatur, non verò ut conditio omnino & totaliter rejiciatur. Quod etiam confirmari potest argumento à matrimonio ad ultimas voluntates ducto, cùm in utraque dispositione turpis conditio pariter, & ex eadem quâ ratione rejiciatur, & tamen, si sponsalibus sub conditione suscipiendæ veræ fidei (ad quam sponsa per se tenetur) contractis, sponsa postmodum recusaret conditionem implere, nemo dixerit sponsum nihilominus ad eam ducendam teneri: esto id dicendum foret, si ejusmodi conditione tanquam turpi, juxta contrariam sententiam planè rejectâ, jam dicta sponsalia pro puris habenda essent, ipsâ proinde sponsione promissionem simpliciter ad matrimonium contrahendum obstringente, non aliter, quàm si nulla conditio adjecta fuisset.] Hæc ille, Itàque.

362. DICENDUM 3. Illæ solæ Conditiones turpes habentur pro non adjectis, quas nec ipse Testator potest honestè adjicere, nec hæres honestè implere. Probata jam est Conclusio.

363. DICENDUM 4. Quandoque meritò dubitari, an aliqua conditio inter possibiles sit referenda. Declaratur. sunt enim aliquando secundùm se quidem, & seclusis circumstantiis possibiles, ex accidenti tamen impossibiles: v.g. secundùm se possibile est quòd Titius ducat uxorem: si tamen sit in Sacris constitutus, est illi impossibile. Vnde meritò dubitatur, an valeat Legatum sub hac conditione: *Si Titius* (ponamus esse in Sacris) *meam filiam duxerit*. Si enim conditio dicenda est juridicè impossibilis, valebit legatum, quia habebitur pro non adjectâ: si verò inter possibiles sit numeranda, non valebit, & adnumerabitur potiùs casualibus conditionibus.

Porrò, de hujusmodi conditionibus leges non eodem modo loquuntur. Aliquando enim videntur eas inter possibiles numerare. ut in lege 58. *ff. de condict. indebiti*. ubi declaratur, non valere legatum relictum servo, jam manumisso,

sub

sub hac conditione: *si ex testamento ad libertatem pervenerit*, ibi. *Servo manumisso fideicommissum ità reliquit*: si ad libertatem ex testamento pervenerit: *post acceptam sine Judice pecuniam ingenuus pronuntiatus est, indebiti fideicommissi repetitio est.* Erat quidem in se possibile, consequi libertatem ex testamento; supposito autem, quòd jam antè fuerat manumissus, erat impossibile.

Econtra in lege 45. *ff. de hæredib. instit.* hæc conditio: *Si Fulvia filia mea vivit*: adjecta ab eo, qui nullam filiam habebat, impossibilis censetur, & pro non adjecta habenda est: quia licèt simpliciter possibile erat, Fulviam esse filiam & vivere, supposito tamen, quòd nunquam habuerit filiam, erat impossibile, Fulviam filiam vivere. ibi. [Si testator filiam nunquam habuerit, tamen Titium hæredem fore, quià id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet.]

364. DICENDUM itaque existimo, pro legibus his conciliandis, & instar regulæ habendis, inspiciendam esse mentem illius qui conditionem adjecit. Si enim ità adjecit, ut ex circumstantiis colligi possit, non fuisse adjectum, & nihilominus dispositurum eodem modo, si scivisset, ex accidenti conditionem esse impossibilem, tunc inter impossibiles, & pro non adjectis habendas esse: quia, ut paulò antè dictum est, ipsam conditionem non nisi sub reflexa hypothesi exigit: *si stantibus istis circumstantiis defacto sit possibilis*. & sic intelligenda est lex Mævia 45. ubi mens testatoris non erat, scribere hæredem Titium sub hac conditione: *si aliquando filiam Fulviam habui, & ea adhuc vivit.* hæc enim conditio inter possibiles & casuales recensenda esset, & ex ejus defectu vitiata fuisset dispositio: sed conditio ità resolvenda est ex mente Testatoris. *Titius Hæres sit, si Fulvia filia vivit: nisi fortè nunquam talem filiam habuerim, indeque impossibile sit eam vivere.* adeoque mens testatoris erat, talem conditionem pro non adjecta habendā, si ex accidenti conditio sit impossibilis.

365. Quòd si verò ex circumstantiis colligi posset, intentionem Testatoris esse simpliciter alligatam conditioni adjectæ, tunc conditio inter possibiles & casuales recensenda esset; & ità factum videtur in casu legis 54. citatæ, ubi testator non videbatur relicturus fuisse legatum servo, si scivisset, jam ante libertatem adeptum esse.

Scio Paulum Castrensem, Grassum, Gail, aliósque, item Glossam, & Thomam Sanchez aliter sentire, scilicet, hujusmodi conditiones esse quidem impossibiles, sed quià à Testatore putabantur possibiles, ideo à Iure pro possibilibus haberi. Verùm hæc interpretatio placere non potest. Nam in lege *Mævia* etiam putabat testator, conditionem esse possibilem, & tamen habetur à lege pro impossibili. item in lege 7. *ff. h. t.* habetur etiam conditio pro impossibili, quam Testator putabat esse possibilem. *Si quis ita institutus sit*: Si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset. *cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere, quasi impossibilem.* Est profectò universim incredibile, aliquem suis ultimis voluntatibus & dispositionibus scienter velle conditiones impossibiles adjicere. quid enim hoc aliud esset, quàm in re maximè seria velle nugari, & vel pro deliro haberi, vel executores ultimarum voluntatum perplexos ac dubios reddere?

366. DUBITATUR, an inutilis sit institutio sub conditione impossibili perplexitatis, (ut Iuristæ loquuntur) & talis ponitur in lege 16. *ff. h. t.* Si *Titius hæres erit, Seius esto. Si Seius hæres erit, Titius hæres esto. Julianus inutilem esse institutionem scribit, cùm conditio existere non possit.* Hæc ratio legis si acciperetur ut verba jacent, esset inepta. est enim pessima consequentia: *Conditio existere non potest: ergo Institutio est inutilis.* potiùs inferendum esset: ergo est utilis, quia conditio quæ existere non potest, habetur pro non adjecta. Sensus ergo debet esse, quòd illa conditio habeat duo membra, & quodlibet eorum seorsim sumptum sit possibile, simul autem ita sint impossibilia, ut ipsa impossibilitas involuat impossibilitatem institutionis quoad effectum suum. si enim Titius vellet adire hæreditatem, diceret Seius: Tu non potes adire, nisi me priùs adeunte, quòd si ego adivero, quomodo tu hæres eris? & idem replicare poterit Titius. Similis esset ergo talis institutio, sui ipsius destructiva, qualis fuit illa lis mota à Magistro suo discipulo, qui promiserat, se minerval soluturum, si primam causam lucratus fuerit: Dicebat magister, vel in hac causa me vinces, vel non. si vinces; debes minerval, quia in prima causa vicisti: si non vinces, ego vincam petendo minerval; & iterum debebis. Sed astutior discipulus magistro retorsit: si vicero, nihil tibi debebo, quia vinco petentem minerval. si non vicero, nihil debebo, quia in prima causa succubui.

Ego tamen, si tale Testamentum mihi dijudicandum offerretur, dicerem Institutionem valere, & esse factam sub conditione possibili, si non verba, sed mentem Testatoris spectare velimus, qui utique non debet credi voluisse ineptire: ostenderem ergo, illa verba posse habere bonum sensum, qualem habent sæpè reciprocæ conditionales, v. g. in matrimonio, quod posset validè contrahi, si quivis ex sponsis diceret. *accipio te, si tu me accipis in tuum.* ratio est, quia uniuscujusque conditionalis consensus esset sufficiens, ut alterius consensus transiret in absolutum, quia non aliter requirit, imò nec requirere potest alterius consensum, nisi conditionatum, ut consideranti patet. Dicerem ergo, quòd Testator voluisset Titium & Seium esse cohæredes,

 ità

ità tamen, ut si alteruter simpliciter nollet esse cohæres, neuter esset hæres: & ità uniuscujusque consensus conditionatus posset fieri absolutus per alterius consensum, adeoque simul compleretur utriusque voluntas, & neuter ante alterum fieret hæres. in quo nulla planè esset perplexitas aut impossibilitas.

Confirmo responsionem datam ex lege 4. ff. eod. ubi etiam ponitur ejusmodi institutio, quæ spectatis verbis (ut respondet ibi JC. Marcellus) inutilis videri poterat. Iulianus autem utilem agnovit, eo quòd verum sensum illa conditio acciperet, quod etiam Vlpianus approbavit. Lex ità habet. [Si qui ità sint instituti. *Si socii unà bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim, hæredes sunto.* inutilem esse institutionem secundùm verborum significationem Marcellus ait. Iulianus autem, quoniam & ante habitam hæreditatem iniri societas potest, quasi rei futuræ valere institutionem, quod est verum.]

367. DICENDUM 5. Si quis adjiciat conditionem turpem per modum gravaminis, quo non impleto, alius cohæres quasi in pœnam alterius instituatur, vel substituatur, talis conditio habetur pro non adjecta in favorem gravati, & non in favorem substituti, v. g. si quis diceret: *Instituo Titium hæredem, & nisi meum inimicum occiderit, volo ut Cajus illi sit cohæres.* Conditio hæc pœnalis habetur pro non adjectâ, non hoc sensu, ut Cajus simpliciter sit cohæres, sed ità, ut Titius solus sit hæres. Ità colligitur ex §. *fin. J. de Legatis, in fine* ex illis verbis. *Exceptis videlicet illis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta aut aliàs probrosa.*

CONTROVERSIA IV.

In qua reliqua dubia circa conditionatas dispositiones resolvuntur.

SUMMARIUM.

An institutus sub conditione: si juraverit se factum: *non solùm debeat facere, sed etiam jurare: vel an sufficiat si juret, esto non faciat: vel econtra.* 368.
An universim sufficiat si pluribus conditionibus alternativè adjectis, una earum impleatur. 369.
An sufficiat, conditionem esse impletam quocunque tempore, sive ante sive post mortem testatoris. 370.
Quomodo intelligenda leges requirentes, ut conditio impleatur post mortem. 371.
An subsistat Institutio facta sub conditione exprimenda in alia parte testamenti, nec tamen postea expressa. 372.
Quomodo conciliandæ lex 9. §. 5. ff. de hæredib. inst. *cum lege* 8. C. De institut. & substit. sub cond. factis. 373.
An hæc conditio: si sine liberis decesserit: *semper subintelligatur ad excludendum substitutum.* 374.
An in Codicillis possit apponi, vel tolli conditio priùs adjecta institutioni in testamento. 375.

368. DUBITATUR ergo 1. An institutus sub conditione, si juraverit, se facturum (quod jure facere potest) non solùm debeat facere, sed etiam jurare, vel an sufficiat si juret, esto non faciat; vel econtra sufficiat si faciat, etsi non juret. ℞. Hoc ultimum sufficere, per legem 8. *ff. hoc tit.* ubi Ulpianus sic respondet. [Quæ sub conditione jurisjurandi relinquuntur, à prætore reprobantur: providit enim, ne is qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem perderet hæreditatem legatúmve, aut cogeretur turpiter accipiendo conditionem jurare: voluit ergo, eum, cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ità capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur: & rectè. cùm enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandi contemptu Religionis; alii perquàm timidi metu divini Numinis usque ad superstitionem: ne vel hi, vel illi, aut consequerentur, aut perderent quod relictum est, prætor consultissimè intervenit: etenim potuit is qui voluit factum, quod Religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere: ità enim homines, aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione. Hoc edictum etiam ad legatum pertinet, non tantùm ad hæredum institutionem.] Requiritur ergo, & sufficit, ab instituto fieri id, quod testator volebat jurari futurum, sed non requiritur, nec sufficit jurare, ut habetur ibid. §. 7.

369. DUBITATUR 2. An universim sufficiat, si pluribus conditionibus alternativè adjectis una earum impleatur. Respondetur, esse universim satis, nisi sit causa præsumendi, quòd testator illas conditiones voculâ quidem alternativâ posuerit, mente verò copulativè requisiverit. Casus habetur in lege 6. C. *de Instit.* & sic decernunt Imperatores. *Generaliter sancimus, si quis ità verba sua composuerit, ut edicat:* si filius, vel filia intestatus, vel intestata, vel sine liberis, vel sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: [Et ipse, vel ipsa liberos sustulerit, sive nuptias contraxerit, sive testamentum fecerit, firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum, vel restitutioni. Si enim nihil ex his fuerit subsecutum, tunc valere conditionem, & res secundùm verba testamenti restitui, ut incertus successionis morientis exitus videatur certò substitutionis, vel institutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum non fecit, posteritatem

titatem autem habuerit: propter hujusmodi verborum angustias liberos ejus omni penè fructu paterno defraudati?]

370. DUBITATUR 3. An sufficiat conditionem esse impletam quocunque tempore, sive ante, sive post mortem testatoris. Et quidem si conditio adjecta petit ex natura sua impleri ante mortem testatoris, v. g. *si mihi mille mutnos dederit*, vel *si mihi nupserit*: item, si ex natura sua petat impleri post mortem testatoris, ut: *si meo funeri interfuerit*: patet quo tempore sit implenda. Sed difficultas est de conditionibus, quæ ex natura sua indifferentes sunt, ut ante, vel post mortē impleantur. ut: *si Stycho 100. solverit*. De his respondet JC. Ulpianus, eas debere impleri post mortem: rationem dat. quia requiritur, ut conditio ponatur animo satisfaciendi testatori: quod fieri non potest, nisi sciat, hanc conditionem esse insertam. Ità habet *l. 2. ff. de Condit. & Demonstrat.* ibi. *Quædam* (conditiones) *quæ non nisi post mortem testatoris*: Si decem dederit: si Capitolium ascenderit: *Nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet, hanc conditionem insertam: nam si facto fecerit, non videtur obtemperâsse voluntati.* Idem respondet Paulus JC. in l. 11. eod. §. 1. *Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur: veluti:* Si Capitolium ascendat: *& similia: non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti*: Si Titius Consul factus fuerit.

371. Hæ responsiones meritò Theologis displicere possunt. Primò, quia legi potest satisfieri etiā ab eo qui ponit opus præceptū, ignarus præcepti, ut dictum in tr. de legibus. quia leges non intendunt formaliter honestatem quæ inest obedientiæ. Si ergo Testatoris non interest, an conditio ponatur intuitu testamenti, non apparet, cur non satisfiat conditioni: v. g. *Si Titius Fulviam duxerit*: intendendo præcisè matrimonium, & nihil curando de formali & reflexa observantia testamenti. Deinde potest hæres satisfacere etiam animo parendi voluntati, etiamsi ponat conditionem ante mortem, nempe si resciat, se hæredem nuncupatum esse sub tali conditione. ergo non est bona consequentia: *Parendum est voluntati testatoris in impletione conditionis: ergo debet impleri post mortem.*

Ad dubium ergo respondeo, has leges esse intelligendas, si constet, interesse Testatoris, ut conditio ponatur post mortem, & animo honorandi ipsum tanquam benefactorem, qualis v. g. esset conditio: *Si nomen familiæ meæ assumpserit: Si in mei gratiam servos meos manumiserit*, &c.

372. DUBITATUR 4. Si Testator hæredem instituit sub conditione exprimenda in alia parte testamenti, vel in alia scriptura, nec tamen postmodum ullam expresserit, an subsistat Institutio. ℞. Affirmativè, per textum *L. 8. C. h. t.* *Si testamentum ità scriptum inveniatur.* ille hæres esto secundùm conditiones infrà scriptas: *si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem.*

373. Huic Constitutioni objici potest *lex 9. §. 5. ff. de hæredib. instit.* ibi. *Tantundem Marcellus tractat, & in eo qui conditionem destinans inferere non addidit. Nam & tunc pro non instituto putat.* Respondet Duarenus, Imperatorem correxisse Marcelli opinionem: quam Vlpianus recitavit quidem, sed non approbavit. Non video quomodo hoc dicere potuerit doctissimus Duarenus, quandoquidem Vlpianus in fine hæc verba addit. *Quam sententiam & ipse & nos probamus.* Itaque Vlpianus non minùs correctus est, quàm Marcellus correctus est. Antonius Perez, & ex eo Manzius, putant Marcellum loqui de casu, quo testator inter nominandos hæredes obmutuit, nec conditiones quas volebat adjecit, quia testamentum non absolvit. Hæc quidem est divinatio, sed rationabilis, quia alius modus hoc responsum defendendi non occurrit.

374. DUBITATUR 5. An hæc conditio: *si sine liberis decesserit*: semper subintelligatur, in ordine ad excludendum substitutum. ℞. Affirmativè, & hoc ex præsumptione: non solùm si filius legitimus institutus est, sed etiam si filius Naturalis institutus est: semper tamen intelligendo conditionem de liberis legitimè nascituris, & vivis tempore mortis parentis instituti. ac proinde si quis Titio substituat Caium, subintelligenda est hæc conditio: *Si Titius sine liberis legitimis vivis decesserit.* unde etiamsi liberos habuisset, si tamen illi mortui essent ante Titium, valeret substitutio. l. 6. C. h. t. ibi. [Cùm autem invenimus, excelsi ingenii Papinianum in hujusmodi casu, in quo patet filiis suis substituit, nullâ liberorum ex his procreandorum adjectione habitâ, optimo intellectu dispofuisse, evanescere substitutionem, si is qui substitutione prægravatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem, non esse veri simile, patrem si de Nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem: Humanitatis intuitu hoc latiùs & pinguiùs interpretandum esse eredidimus, ut & si quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit &c. & substitutioni eos subjugaverit, nullâ liberorum eorum mentione factâ, & hic intelligi evanescere substitutionē, &c. & non aliter substitutionē locum accipiente, nisi ipsi liberi sine justa sobole decesserint. Quæ omnia & in legatis locum habere sancimus.]

375. DUBITATUR 6. An in Codicillis possit apponi vel tolli conditio priùs adjecta institutioni in testamento. ℞. Negativè, quia in Co-

in Codicillis nec dari nec adimi potest hæreditas: atqui sublatâ conditione aliquo modo daretur hæreditas, quia daretur absolutè, & adjectâ conditione aliquo modo adimeretur, nempe pro casu non purificatæ conditionis. *l. 27. ff. h. t. §. 1.* [Hæredi quem testamento purè instituit, codicillis scripsit conditionem, quæro an ei parere necesse habeat. Modestinus respondit. Hæreditas codicillis neque adimi potest.] Et hæc de Conditionata Institutione dicta sufficiant, ex quibus alii faciles casus resolvi possunt, quos ideo omisi.

CAPVT VII.

DE LIBERIS, PARENTIBVS, FRATRIBVS, INSTITVENDIS, VEL EXHÆREDANDIS.

CONTROVERSIA I.

De Hæredum differentia.

SVMMARIVM.

Hæredum divisio in necessarios, & voluntarios seu extraneos. 376.

Quinam olim necessarii sui, & non sui. *eod.*

An hodie sublata sit omnis differentia in ordine ad successionem inter emancipatos, & non emancipatos. 377.

Quinam hodie sint hæredes necessarii non sui. 378.

Quid sit Suitas. 379.

Quæ ad illam requirantur. eod.

Quinam fiant sui *Juris fictione.* 380. 381.

376. Hæredes ex testamento alii dicuntur Necessarii, alii Voluntarii seu Liberi, qui & Extranei nuncupantur. Horum differentia explicatur in Instit: tit: de Hæredum qualitate & differentia, Summa hæc est.

Hæredes Necessarii olim dividebantur in Necessarios *suos*, & Necessarios *non suos*. Necessarii in genere erant illi, qui in testamento scripti nolentes volentes debebant adire Hæreditatem. Necessarii *sui* erant, qui debebant necessariò hæredes institui, vel nominatim exhæredari: Nempe existentes in potestate patria defuncti tempore mortis, filii filiævè, Nepotes Neptesvè in defectum filiorum, &c. Hodie tamen Iure Prætorio possunt etiam isti ab Hæreditate abstinere si velint, & ideo non sunt ampliùs Necessarii in hoc sensu, quòd debeant hæreditatem adire, sed, quòd debeant necessariò hæredes scribi, vel exhæredari.

Porrò, etiam filios emancipatos gaudere Iure suitatis quoad hunc effectum, quòd debeant æqualiter hæredes institui, sublatâ differentiâ saltem quoad hoc inter emancipatum & non emancipatum, habetur juribus infrà adducendis.

Controversia tamen est, an hodie sublata sit omnis omnino differentia inter Emancipatos & non Emancipatos quoad effectum successionis.

377. Prima sententia est Bartoli & sequacium, volentium Emancipatos æquè gaudere Iure suitatis ac non Emancipatos. Secunda sententia tenet, eam adhuc differentiam subsistere, quòd Emancipati sint extranei, in ordine ad hunc effectum, quòd in modo succedendi non sint pares, quia non emancipati ipso jure acquirunt hæreditatem quoad dominium (non quoad possessionem) absque aditione, eámque transmittunt ad hæredes: emancipati verò non nisi per aditionem acquirunt dominium, & absq; hac hæreditatem non transmittunt. Ità Gomez. Vasq. Grass. §. *suitas. q. 4. n. 9.* quos refert & sequitur P. VVadingus. *disp. 4. dub 9. §. 2. n. 2. & Hunnius disp. 15. th. 1. §. neque ex hac.* Probatur unicè ex §. 3. *Inst. de hæred. qualit.* ubi dicitur. *Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti extranei hæredes nobis videntur.* Textus hic est sanè clarissimus, nec per legem *Meminimus 15. C. de legit. hæredib.* est correctus, ut putant adversarii. Nam hæc lex loquitur de successione ab intestato in parte æquali: nihil autem dicit, quòd emancipatus sit *suus* hæres ità

ut

ut etiam absque aditione hæreditatis acquirat dominium, illúdque ad suos hæredes transmittat. Deinceps autem consueto loquendi modo etiam emancipatos nomine *suorum* comprehendemus, quatenus nimirum vel sunt instituendi, vel exhæredandi. præteriti enim non possunt sine præjudicio testamenti, ut dicetur.

378. Hæredes Necessarii *non sui* sunt hodie Mancipia: quando enim testator debitis ità gravatus ut bona non sint sufféctura, scribit hæredem servum, servus hoc ipso consequitur libertatem, sed cum onere adeundi hæreditatem: & tunc, quando bona hæreditaria subhastantur, in servum non in defunctum redundat, nec hujus, sed illius nomine subhastantur. Neque si servus postmodum ad pinguiorem fortunam pervenerit, ampliùs ad aliquid tenetur creditoribus defuncti.

Denique hæres extraneus & voluntarius sicut non est necessariò instituendus hæres, ità non habet obligationem adeundi hæreditatem, sed potest eam repudiare: habétque Jus deliberandi, vel inventarii faciendi, ut dicetur.

379. Suitatem definit Alciatus *l.* 5. *Parerg. c.* 19. Quòd sit Hæredum qualitas, qui primum in potestate patria locum tenent, continuationem dominii necessitatémque successionis ipso jure inducens. Ex qua definitione apparet, etiam Alciati sententiâ Emancipatos non esse strictè *suos*.

Duo ergo requiruntur ad suitatem. 1. ut quis sit in patria potestate. 2. ut sit in primo gradu conjunctus, hoc est, non habens alium magis immediatè conjunctum existentem.

380. Sciendum tamen est, ad varias replicas evitandas, aliquos fieri *suos* fictione juris, quatenus nimirum finguntur fuisse in patria potestate alicujus, cùm reverâ nunquàm fuerint.

Primò enim Posthumus, quamvis nunquam fuerit in potestate patris, quia natus est post mortem illius, fingitur tamen fuisse, quia fingitur fuisse natus ante mortem patris. habetur §. 2. *in f. Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur.* ibi. *Posthumi quoque qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.*

381. Secundò, Nepos non natus quidem, sed vivo avo conceptus, si filius ex quo conceptus est, decedat post mortem avi, ante nativitatem Nepotis, fingitur etiam natus fuisse ante mortem avi, & esse hæres suus, quoad commodum suum. Ità tenet Baldus *in l.* 3. *C. unde liberi.* Et in quorundam sententia (de qua infrà) haberet utilitatem, si pater fuisset exhæredatus.

Tertiò, Episcopus, vel Monachus factus, quamvis egrediatur patriam potestatem, retinet tamen omnia Iura Suitatis, quia fingitur manere in patria potestate. *l.* 56. §. 1. ibi. [Non liceat parentibus propter hanc tantummodo causam, à sua hæreditate, vel successione repellere, sed necesse sit eis omnimodo, cû ultimam voluntatem suam perficiunt, quartam quidem portionem secundùm leges nostras relinquere, &c.

CONTROVERSIA II.

Quid requiratur specialiter in testamento Parentum, ut valeat.

SUMMARIUM.

382. DICENDUM 1. Si Liberi in proximo gradu, & in potestate constituti, neq; instituantur, neque nominatim exhæredentur, testamentum est nullum: adeoque hæc est quædam specialis solennitas in testamento parentibus observanda. *Inst. de Exhæred. lib. pr.* ibi. [Sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.]

383. DICENDUM 2. Iure novo etiam fœminæ, vel instituendæ, vel exhæredandæ sunt nominatim. §. 5. *eod.* ubi post relatum jus antiquum sic statuitur. [Sed hæc quidem vetustas introducebat: nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, &c. Simplex, ac simile jus & in filiis & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis introduxit ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, &c.] In hoc textu plura dicuntur, quæ tamen controversa sunt, an jure novissimo obtineant, ut deinceps videbimus.

QUÆRITUR 1. Utrum non solùm Pater & Avus paternus, debeat vel instituere, vel exhæredare nominatim quos habet in potestate proximo gradu conjunctos, sed id ipsum etiam de matre & avo materno procedat, ità ut si præterierit, testamentum ipso jure nullum sit.

384. Prima sententia negat, & vult testamentum valere, quamvis per querelam *inofficiosi* possit rescindi. Ità Treutlerus *vol. 2. d. 11. th. 1.* Duarenus *de liberis præter. c. 3. §. moribus. prope finem.* Antonius Perez *eod. tit. Cod. n. 7.* VVurmserus *lib. 2. tit. 13. Contr. 3.* & plures alii. & est sententia valde probabilis.

Secunda tamen sententia communior & verior, est affirmativa, saltèm, si testamento non est inserta causa præteritionis. Nam insertâ causâ plures dicunt valere testamentum, quia talis præteritio habet sufficientem formam Exhæredationis. Ità tenent Grassus §. *Testamentum q. 36. n. 1.* Clarus *q. 47.* Corneus apud eundem, dicens eam omnes DD. ubique tenere. Hunnius *in Treutl. L. c.* Bachovius *in eundem.* Caspatus Mapzius *tit. 8. n. 54.*

Pobatur hæc sententia satis efficaciter ex Novella 115. *cap. 3. verb. ultimis.* ibi. [Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri aut avo, vel aviæ, proavo vel proaviæ, suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes facere in suo testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati: & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.] Post hæc recenset Imperator causas ingratitudinis ob quas liceat exhæredare. & deinde sic concludit. [Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, & scripti hæredes verâ esse monstraverint unam ex his, testamentum suum habere firmitatem decernimus. Si autem NB. hæc observata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præjudiciū generari, sed quantùm ad institutionem hæredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab Intestato ex æqua parte pervenire &c.]

Ex hoc textu colliges, quare in Conclusione addiderim illas particulas: *Saltem si testamento non est inserta causa præteritionis.* Sciendum enim est, DD. communiter uno quasi ore asserere, valere testamentum, si causa præteritionis aut exhæredationis addatur in testamento, etiamsi postea non probetur, ac proinde non posse hæredem *suum* & exhæredatum agere contra hæredem

hæredem scriptum *petitione hæreditatis* (quia alter non est injustus hæres) succurri tamen illi per *Querelam inofficiosi testamenti*, quâ imploret officium Iudicis, ut rescindat Testamentum tanquam contra officium paternum factum: quo rescisso possit petitionem hæreditatis instituere.

385. Hæc quidem est recepta sententia. sed theoricè rem examinando, & ponderatis attentè verbis Novellæ, non levem patitur difficultatem, prout post alios optimè etiam advertit Arnoldus Rath *thesi.* 12. *& seqq. Quib. mod. test. infirm.* Ratio est, quia in textu recitato requirit Imperator æqualiter & copulativè hæc duo: causæ expressionem; & ejusdem probationem: atqui secundùm communem sententiam, si causa non est inserta, testamentum est nullum, & non est opus querelâ. ergo pariter, si quidem sit inserta, sed non probata, erit etiam nullum. Unde concludit citatus Auctor, Querelam *inofficiosi* hodie inter parentes & liberos esse planè sublatam. De hac Querela infrà cap. 10. ex professo agendum est. Redeamus nunc ad principalem Conclusionem.

Ad allatum ergo textum respondent Adversarii, Imperatoris ultima verba solùm loqui de *exhæredatis*, non verò de præteritis. Sed contra est, quia, ut benè observat Hunnius *q.* 2. *§. & quanquam.* clausula illa est generalis, & ad omnia antecedentia ejusdem constitutionis refertur. atqui in principio capitis tertii expressè agitur etiam de illis qui sunt præteriti, Et deinde subjicit in fine Imperator. *Et hæc quidem de parentum ordinavimus testamentis.*

Sententiam nostram clarè habemus expressam in authentica *Non licet. C. de lib. præt. Non licet parenti* (quo nomine etiam Mater, avus, avia, &c. veniunt) *aliquem ex liberis exhæredare, nisi probetur ingratus, & ingratitudinis causa nominatim inferatur testamento.* Est hæc auth. desumpta ex d. Novella, & quamvis adversarii putent non esse satis fideliter desumptam, aliter tamen judicabit, quisquis verba Novellæ contulerit.

386. Objiciunt adversarii illa verba: *Evacuato testamento.* quasi evacuandum esset per querelam *inofficiosi.* Sed hæc objectio ipsis adversariis solvenda est. Nam si verbum *Evacuatio* esset intelligendum de Rescissione per querelam, sequeretur, etiam tunc fore locum querelæ, & valiturum testamentum, quando nulla causa exhæredationis inserta esset, quod ipsi negant. Itaque Imperator non vult, testamentum esse primùm evacuandum, sed dicit esse jam suâ lege evacuatum quoad Institutionem. Et hoc etiam indicat particula; *Non licere.* quæ enim jure non licent, etiam non valent, & irrita sunt. *l.* 5. *C. de Legib.*

Confirmatur etiam ex eo, quòd si primùm esset per querelam evacuandum, non rectè dixisset Imperator, his non observatis nullum præjudicium creari liberis. Satis enim grande præjudicium esset, si querelâ intra quinquennium non institutâ, testamentum in suo robore permaneret. Et sanè incredibile est, quòd Imperator nullam mentionem Querelæ fecisset, tanquam remedii necessarii, si non voluisset omnino nullum esse testamentum.

387. QUÆRITUR 2. An tale Testamentum sit quoad omnia contenta irritum & inane. Affirmant Antonius Faber, & eum secutus Gilkenius. *in auth. ex causa C. de lib. præter.* item VVurmserus *l. c. contr.* 4. Negativa sententia est communis aliorum, & verior. quæ docet, valere quoad legata, & fideicommissa, ac donationes. Habetur in terminis *in cit. auth. C. de lib. præter: Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantùm ad institutiones. cætera namque firma permanent.* Respondent adversarii, esse intelligendam de testamento matris, & præteritionis ejus, & supponunt, tanquam à se probatum, tale testamentum non esse ab initio nullum, sed rescindendum. Verùm nos contrarium probavimus, & authentica dicit testamentum *esse irritum*, non, *fieri irritum.* & æquè loquitur de præteritione ac exhæredatione illegitimè facta, quæ ipso jure irritum reddit testamentum.

Objiciunt 1. Nemo potest partim testatus partim intestatus decedere. atqui hoc fieret, si testamentum valeret: nam legitimi hæredes hæreditatem ab intestato vindicarent, & legatarii legata ex ipso testamento caperent. ℞. Suprà à me explicatum esse, quousque verum sit illud effatum, nempe non esse hoc in libera potestate testatoris; per legem autem id in aliis etiam casibus effici, ibidem ostensum est. Et nunc video ab Hunnio hoc etiam tradi, nempe præsentem casum esse exceptum à Regula, & hoc colligit ex cap. 4. Novellæ, ubi Imperator disertis verbis ait, si quid huic parti contrarium in veteribus legibus occurrat, nolle se id valere, aut ratum habere.

388. Objiciunt 2. Illa ultima Novellæ verba. c. 3. [Si verò contigerit, in quibusdam talibus testamentis, quædam legata, vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula legibus concessa nominari: ea omnia jubemus adimpleri, & dari illis quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non rescissum NB. obtineat testamentū.] Ex his (inquiunt) verbis apparet, quòd Iustinianus, quando volt legata, &c. deberi, non loquatur de testamento ipso jure nullo, sed de rescindendo: ergo ex testamento patris ob præteritionem, aut exhæredationem illegitimè factam, nullo, nulla debentur legata. ℞. Hæc verba potiùs pro nostra sententia facere. Nam hæc verba ad omnia testamenta superiùs reprobata referuntur: ergo etiam ad illa, quæ etiam secundùm adversarios nulla sunt. Ergo & ipsa fatendum est, Imperatorem non loqui de Rescissio-

scissione supponente valorem actûs, sed de Rescissione quæ solet sæpius in jure attribui actibus ipso jure nullis, v. g. sententia tempore feriarum in absentes lata, dicitur nullius esse momenti, & tamen dicitur rescindi. *l. 1. ff. de feriis.* item sententiæ ipso jure nullæ sine appellatione rescindi dicuntur, *ff. quæ sent. sine appell. rescindantur.* Neque curandum est, quòd dicunt adversarii, nobis non licere à verborum proprietate recedere. hoc enim verum est, quando sine urgente fundamento, & sine exemplo recederetur, quod non fit in proposito.

389. Objiciunt 3. In favorem liberorum est introducta nullitas horum testamentorum: ergo non debet in eorum odium explicari, gravando eos obligatione restituendi legata. Retorqueo. Etiam Rescissio esset introducta in eorundem liberorum favorem, & tamen non extenditur ad rescissionem legatorum, &c. Favor ergo eò usque extendendus est, quousque Imperator extendere voluit. Ratio non extendendi ad nullitatem legatorum, solet reddi: quia hunc favorem annullandi testamenta, voluit Imperator opponere odio parentum in præteritione aut exhæredatione monstratum: atqui in relinquendis legatis non continetur odium liberorum, sed in sola *non institutione*: ergo favor hanc solam debuit punire. Hæc tamen ratio non est satis universalis, nam, ut statim dicetur, etiam quando ignoranter præteritur filius, testamentum est nullum, ubi tamen nullum est odium. Ratio ergo videtur esse alia, nempe, quòd favor non debeat extendi in præjudicium ultimæ voluntatis, quâ voluit aliorum merita honorare testator, de quo liberi conqueri non possunt.

Objiciunt denique aliquas leges ex libb. Digestorum. Sed nos attulimus textum Novellæ, ubi Imperator protestatur, se velle antiquas leges quoad hoc punctum abrogare. Suppositâ ergo nostrâ sententiâ quòd ex tali testamento legata debeantur,

390. QUÆRITUR 3. An etiam tunc debeantur, si pater filium ignorans præteriit, v. g. putavit esse defunctum, vel nescivit esse natum. Affirmat Hunnius, auctores non nisi tacito nomine allegat. Communis aliorum sententia negat post Bartolum. quam aliis relatis tenet Grassus §. *legatum. q. 67. n. 3.* Prior sententia, insistendo Iuris apicibus valde probabilis est. Secunda verò æquitati conformior videtur, & in praxi tuta, quia non caret etiam gravibus fundamentis.

Probatur enim 1. Ex eo, quòd Imperator in d. Novella satis insinuet, se loqui de præteritione scienter facta, nam eam ob causam testamentum nullum decernit, ne liberi in parentum substantiis aliquam *circumscriptionem* patiantur. quoad legata autem, &c. licitum est circumscribere liberos; sed circumscribere voluisse non præsumitur qui ignorat. Respondet Hunnius, etiam ignorantes dici circumscribere *l. 16. §. 4. ff. de minoribus.* Verùm in hoc textu nihil tale legitur. hæc sunt verba illius. *Idem Pomponius ait, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Certè Circumventio & Circumscriptio in sensu proprio fit à cognoscente.

Probatur 2. Legata sunt quædam donatio, quæ post mortem revocari non potest. Sicut ergo donatio inter vivos revocari potest, si præter spem liberi superveniant, quia præsumitur donator sub hac conditione donâsse: *si non supervenient liberi.* ergo idem de legatis dicendum erit, & præsumendum, non nisi sub hac tacita conditione legâsse, præsertim si legata sint profana, quia non solemus extraneos proprio sanguini præferre. illud autem præsumitur quod plerumque fieri solet.

391. Sed, quid si in testamento adjecta sit clausula codicillaris, ut, si non valeat in vim testamenti, valeat in vim Codicilli? nam Codicillis possunt legata relinqui. Ergo videntur legata vi hujus clausulæ sustineri, etiamsi fuerit ignoratus filius. Et ità sentit communior sententia, ut videre est apud Grassum *L. 1. n. 4.* Ego tamen magis assentior Bartolo cum pluribus DD. apud eundem Grassum, cum quo tamen non probo assertionem ex eo, quòd hujusmodi clausula soleat ex consuetudine apponi ab imperitis Notariis. Non enim censeo, quòd Imperitiæ arguendus esset Notarius, aut præter intentionem testatoris facturus, qui in tali testamento clausulam codicillarem adderet. hæc enim adderetur, ad supplendum defectum aliquem solennitatis: in præsenti autem quæstione non ex defectu solennitatis, sed ex defectu voluntatis negamus legata deberi, hunc autem defectum Codicillaris clausula non supplet.

392. QUÆRITUR 4. Quid juris in emancipato, si nec instituatur, nec exhæredetur, sed se præteritum reperiat; quam quæstionem intricatissimam vocat Hunnius, & si spectetur DD. dissensio, id verum est, & nisi fallor, provenit ex nimio affectu subtilizandi circa verba Iurium, quæ si acciperentur, ut apertâ fronte sese insinuant animis legentium, non esset res adeo intricata.

Pro ejus intelligentia sciendum est, quantùm intersit, testamentum ab initio statim nullum fuisse, prout præteritis *suis* hæredibus nullum esse omnes fatentur, & non esse nullum ab initio, sed postmodum rescindi. Et quidem antiquo Iure certum est, Emancipatis præteritis testamentum ab initio validum fuisse, ut tecensetur in §. *cit. 3. Inst. de exhær. lib.* ibi *Emancipatos liberos jure Civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est, quia non sunt sui hæredes.* Itaque Iure antiquo non competebat illis Remedium Iuris Civilis, quod vocatur: *Ius di-*

cendi

tendi nullum testamentum. & hoc remedium durat 30. annis, neque citiùs contra illud præscribitur, ut dictum est *to.* 1. *tr.* 5. *cap. de Præscript.* sicut competebat, & hodièque competit *suis* præteritis. Aliud ergo remedium providit Emancipatis Prætor, quod dicitur: *Bonorum possessio contra tabulas.* ut narratur in §. cit. seqq. verbis. hoc autem remedium nisi intra annum à die notitiæ præteritionis assumatur, cessat. Quæstio igitur est, an Iure novo sit hoc immutatum, & Emancipato etiam Remedium civile, scilicet, *Ius dicendi nullum* competat, sicut hæredibus *suis.*

Prima sententia negat. Alciatus 3. *paradox. c.* 10. quem sequitur Antonius Perez. *C. h. t. n.* 4. & Arnoldus Corvinus. *C. h. t.* eandem tenet Ferd. Vasquius. *lib.* 2. *de success. treat.* §. 20. *n.* 146. Grassus. §. *suitas. q.* 4. *n.* 9. dicit, passum hunc esse dubium, & egere decisione Principis; sed paulò pòst instar Principis ipse decidit pro hac sententia negativa, dicens: *& hæc veritas est.* Corneus etiam dicit, ità omnes generaliter loqui. sed hoc falsum est. eandem tenet Harpprecht. *in* §. 5.

393. Affirmativa sententia communior est, post glossam Accursii, eámque tenent ex RR. Hunnius *in Treut. l. c. q.* 5. Schneidevvein, P. VVadingus. *dub.* 9. §. 2. *n.* 3. sed valde obiter, sicut & P. Molina *d.* 175. *n.* 35. Denique post longam & doctam altercationem eam præfert Manzius. n. 122. ex quo placet referre casum quem format, & multùm deservit, ad quæstionis utilitatem intelligendam.

Quidam ex primo matrimonio suscepit duos filios: mortuâ uxore transiit ad secundum, & iterum generavit tres alios liberos. Cùm elocâsset filios primi matrimonii, ex instigatione novercæ testamentum facere voluit, & in eo liberos tantùm secundi matrimonii instituere. Quod cùm intelligerent primi, sese opposuerunt: ille autem magis irritatus perrexit, & liberos secundi matrimonii tantùm instituit, hoc addito: se primis nihil relinquere, eò quòd prohibuissent eum testari. (quæ est una ex causis exhæredandi.) Mortuo testatore liberi præteriti per annum & ampliùs quieverunt, postea autem petierunt, ut hæreditas inter ipsos & cæteros liberos divideretur, *actione familiæ Erciscundæ propositâ.* Hi exceperunt, illos hæredes non esse, utpote in testamento neglectos. Replicârunt primi, testamentum esse nullum, vel si summo jure valeret, rescindendum, ac proinde successioni ab intestato locum esse. Duplicârunt secundi, testamentum in quo liberi emancipati (quales primi erant per matrimonium in Germania) sunt præteriti, non esse ipso jure nullum, sed per bonorum possessionem rescindendum: atqui illos primos bonorum possessionem intra annum non agnovisse: ideo non posse illos testamentum paternum ampliùs subvertere. Primi asserunt, imò ipso jure nullum esse. Secundi triplicant, & ajunt, esse insertam causam præteritionis. sed primi quadruplicant, causam quidem fuisse insertam, non autem probatam: non enim ideo sese patri opposuisse, ne prorsus faceret testamentum, sed ne contra officium paternum ipsos negligeret. Hic est casus.

394. DICO, testamentum tale esse ipso jure nullum, nec esse admittendam distinctionem Iulii Clari q. 42. dum vult, si emancipatus sit à patre præteritus cum insertione causæ, testamentum esse jure validum, sed rescindi posse per querelam, si causa non fuerit vera; si verò facta fuerit præteritio sine expressione causæ, tunc testamentum esse ipso jure nullum. Hæc distinctione, ut dixi, rejectâ (prout eam suprà rejecimus cum Arnoldo Rath) Probatur Conclusio. 1. ex supra citato §. 5. ubi relato Iure antiquo dicitur: *Sed hæc quidem vetustas introducebat.* deinde inferiùs novum jus declarans ait: [ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hæreditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sint, &c.

Respondent adversarii ex particula: *infirmanda*, colligi quòd testamentum valeat: nam quod nullum est, non debet infirmari. Quare putant, *suos*, & *emancipatos* præcisè in hoc æquiparari, quòd habeant media impugnandi testamentum, sed diversa, illi quidem jus dicendi nullum: hi verò, petitionem hæreditatis contra tabulas, & querelam inofficiosi. Verùm hæc est illa subtilitas, quæ verba sincerè spectata clara, reddit perplexa. Nam si τὸ *infirmanda* ità strictè acciperetur ab Imperatore, tunc etiam *sui* deberent illud infirmare per querelam, quod est falsum: sequela patet: quia de suis æquè ac emancipatis idem uno contextu dicitur. Deinde rectè Speculator dixit, Testamenta hujusmodi dici rescindi & infirmari, quatenus de facto, non quatenus de jure subsisterunt: id est, infirma declarantur.

Deinde ex initio illius paragraphi, ejúsque cum præcedentibus continuatione, satis colligitur, Imperatorem etiam differentiam inter *suos* & *emancipatos* tollere voluisse. Cùm enim in §. 3. ex antiquo jure non solùm retulisset differentiam inter mares & fœminas, sed etiam quæ erat inter suos & emancipatos, & speciatim quidem, quòd emancipatis exhæredatis permittebatur bonorum possessio contra tabulas, tanquam hæc omnia jure novo correcta vel corrigenda essent, subjecit §. 5. *Sed hæc vetustas inducebat:* quasi diceret, jure novo aliud esse; & subjungit deinde paritatem inter suos & emancipatos, sicut inter mares & fœminas, dicens, quòd simile jus & simplex in his induxerit: atqui non esset simile, & simplex, sed dissimile &

 duplex

duplex ficut antiquo jure fuit, si vera esset adversariorum sententia, quòd hodiéque emancipatis opus esset bonorum possessione contra tabulas & querelâ inofficiosi,ad valorem testamenti rescindendam.

395. Confirmatur ex adjecta ratione motiva, quâ Imperator inductus est, ad jus novum & æquale statuendum, inter masculos & fæminas his verbis. [Nostra verò constitutio inter masculos & fæminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiquâ omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur: ideo simplex & simile jus & in filiis & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis,non solùm jam natis sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui sive emancipati, &c.] Vides quomodo ex paritate naturalis concursûs inferat faciendam paritatem in successione, etiam inter suos & emancipatos? nunquid enim emancipatio mutat aliquid in natura filiorum? nunquid emancipati non serviunt ad propagandam familiam parentum? imò in hunc finem per matrimonium emancipantur. cur ergo non eodem affectu & favore digni sint, in quibus eadem causa favoris & affectûs parentum reperitur.

396. Dices hunc discursum periculosum esse, quia æquè inferret,præteritionem posthumi testamentum ab initio nullum facere, quod falsum est. Responderi posset 1. Concedendo sequelam cum Julio Claro,Card. Tuscho, Hunnio & VVesenbecio, qui volunt, testamentum esse ab initio nullum, nec de Iure civili quidquam ex eo peti posse, etiamsi posthumus ante mortem patris natus esset: quamvis æquitate prætoriâ convalescat. *l.* 12. *ff. de Injusto rupto.* sed prætermissâ hac responsione tanquam minus verâ, ℞. 2. Posthumis abunde consultum esse, quòd agnatione rumpant testamentum, nec opus habeant petitione hæreditatis contra tab. aut querelâ inoffic. & per se clarum est, non posse eos antequam nascantur, ità absolutè institui, sicut jam nati, cùm eorum nativitas incerta sit, quæ omnia magis constabunt ex dicendis.

397. Probatur Conclusio 2. & efficaciùs ex Novella jam suprà adducta, ubi nullum planè fit discrimen inter suos & emancipatos, sed generaliter dicitur, *penitùs* (hoc est ad nullum planè effectum) *non licere patri vel matri, &c. filium aut filiam, vel cæteros liberos NB.* (emancipati utique non desinunt esse liberi) *præterire, &c.* Itaque meo judicio, doctrinæ consequentiam non tenent, qui ex d. Novella fatentur probari nullitatem testamenti Materni, & negant probari nullitatem testamenti in quo præteritus est emancipatus.

QUÆRITUR 5. Quid Juris, si posthumus sit præteritus. Ad hoc quæsitum responsum debitur infrà contr. speciali: & dictum est aliquid sup. cap. 3. con. 2.

398. QUÆRITUR 6. Quomodo adoptivi instituendi sint. De hoc actum est tomo 1. tr. 4. & 5. Nunc breviter dicendum, quòd adoptatus ab ascendente, si quidem in adoptione permanserit, est necessariò vel instituendus vel nominatim exhæredandus,alioquin præteritos potest testamentum dicere nullum. Iura retulimus loco citato, nempe *l.* 10. C. *de adopt.* ad quam se refert Imperator in Instit. §. 5. *in f.* dicens: *Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione quam super adoptivis tulimus, continetur.* Arrogatus verò si fuerit præteritus, vel sine justa causa exclusus aut emancipatus, omnia sua bona eorúmque commoda recuperat, & quartam partem bonorum arrogatoris consequitur, testamentum tamen impugnare non potest tanquam nullum, nec per querelam rescindere ex communi interpretum, sed quartam consequitur tanquam æs alienum ex Constitutione D. Pii. *l.* 8. §. 15. *ff. de inoff. test.*

399. QUÆRITUR 7. De Naturalibus filiis. de quibus etiam superiùs aliquid dictum. Nunc verò ℞. 1. A Matre eos esse vel instituendos vel exhæredandos, & præteritos dicere posse nullum testamentum. Deducitur ex dictis de successione ab intestato: succedunt enim Matri æquali jure cum legitimis. ℞. 2. Si post testamentum factum legitimentur, tunc ad minimùm sicut posthumi rumpunt patris testamentum. quamvis Grassus §. *testamentum.q.* 36. *n.* 10. putet, quòd simpliciter nullum possint dicere testamentũ, sicut si ante testamentum legitimati fuissent. quam sententiam communem esse testatur Vasquius apud eundem. *p.* 1. §. 20. *n.* 18. & ratio mihi videtur esse, quia legimario facit ut fingatur legitimè natus: si ergo ante testamentum factum natus est, fingetur se habere sicut legitimè nati,& non sicut posthumi.

400. Ex hactenus dictis Casparus Manzius n. 244. has conclusiones in compendio ponit. Parentes tam paterni quàm materni, ad hoc ut eorum testamenta ab initio subsistant, tenentur liberos suos tam masculos quàm fæminas, tam filios quàm nepotes, (mortuis eorum parentibus) tam suos quàm emancipatos, legitimè natos, & legitimatos, adoptatos ex ascendentibus, mater etiam illegitimos, instituere vel nominatim exhæredare. (addo ego, & causam exhæredationis exprimere ac probare) Arrogati præteriti quartam petere possunt.

401. Circa adoptatum ab ascendente posset hîc quæstio moveri, an non obstante tali adoptione debeat adhuc pater naturalis eum hæredem instituere, vel nominatim exhæredare. Ego, salvo meliore judicio, conformiter ad ea quæ to. preced. tr. 5. de successione ab intestato dixi, nempe, quòd adoptio non tollat illi jus succedendi

cedendi etiam patri naturali, dico consequenter in præsenti, quòd sit omnino instituendus vel exhæredandus. Rationem reddo ex absurdo, quod alioquin sequi posset, nempe, quòd posset adoptatus sine omni culpa excidere utráque hæreditate, nempe avi & patris naturalis. v.g. si pater naturalis priùs moreretur, & avus deinde eum emanciparet. Neque huic sententiæ video quid efficaciter objici posset, quàm illa, quæ in dicto loco solvere conatus sum, nempe quasi absurdum sit, posse utriusque hæreditatem adipisci, quod ego non reputo absurdum.

Post hæc scripta video hanc sententiam non displicere Casparo Manzio n. 217. quam dicit esse probabilem, non tamen infallibilem, quod & ego fateor; quomodo enim infallibilis esset, quæ nullo claro jure decisa est, & potiùs ex æquitate, quàm Iuribus deducitur?

402. QUÆRITUR 8. An sufficeret filiis aliquid relinqui in testamento per modum legati, vel alio modo præterquam institutionis, ut non possint dici præteriti. ℞. Negativè. Ex Iuribus enim allatis patet, requiri & esse de substantia testamenti, ut directè instituantur hæredes, & hoc titulo habeant jus capiendi quotam hæreditatis. Et hoc verum est, etiamsi filio titulo legati relinqueretur plus quàm legitima debita. *Novella* 115. c. 3. *princip.* ibi. *Nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem.*

403. QUÆRITUR 9. An saltèm sufficeret, ut filius non esset præteritus, si substitueretur hæredi. ℞. Negativè. & inprimis de substitutione indirecta, nempe fideicommissaria, patet ex verbis Nov. relatis. Quoad aliam substitutionem habetur in lege 43. §. 2. *ff. de vulg. subst.* [Lucius Titius, cùm haberet filios in potestate, naorem hæredem scripsit, & ei substituit filios; quæsitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit, eò quòd ab eo gradu filii non essent exhæredati. Respondi, eum gradum, à quo filii præteriti sint, nullius esse momenti, & ideo cùm iidem substituti proponantur, ex testamento eos hæredes extitisse videri: scilicet, quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantùm eum gradum, qui ab initio non valuit.] Ex hoc textu habemus iterum, quòd Iura soleant dicere *infirmari* ea quæ jure non valent. Itaque ex hoc textu inferunt DD. quòd filii habetent quidem jus dicendi nullum testamentum, sed solùm quoad institutionem hæredis extranei, de cætero valiturum testamentum. Quod quidem si intelligant de legatis relictis, consentaneum id est suprà dictis, & conforme Novellæ citatæ. Si autem velint ità valere, ut res non reducatur ad successionem ab intestato, sed filii succederent in illas partes in quas essent substituti, & non æqualiter, non assentior. quia videtur Novella citata refragari, dum dicit, filiis ex tali testamento nullum præjudicium errari; crearetur autem illis qui in minore quantitate substituti essent. Item suprà dictum est, quòd filii succederent ab intestato, & talis testator decederet partim testatus, partim intestatus, quod non esset verum, si filii ex tali testamento, & non ab intestato hæredes essent: ergo ut doctrinæ consequentiam teneamus, potiùs dicendum est, eos succedere ab intestato, quamvis contrarium teneat Casparus Manzius n. 268. insistens textui Digestorum, nos autem libentiùs insistimus Novellæ, per quam censemus jus Digestorum correctum, quemadmodum hic ipse author n. 273. fatetur per verba Nov. relata corrigi illa antiquiora jura, quæ in fideicommisso relicto filiis volebant testamentum valere.

404. QUÆRITUR 10. An filius præteritus possit dicere nullum testamentum patris, in quo alios liberos instituit, & nullum extraneum. Ratio dubitandi est, quia tale testamentum esset testamentum inter liberos. Atqui testamentum inter liberos non vitiatur omissione solennitatis. Nihilominus respondetur affirmativè. Nam licèt in tali testamento non requirantur solennitates communes aliis testamentis, de quibus loquitur textus *in §. ex imperfecto. sup. cit.* requiruntur tamen substantialia specialiter requisita ad testamentum parentum, qualis est institutio, vel exhæredatio, sive hanc velis dicere *solennitatem* sive non, quæ est inutilis quæstio de nomine, ut jam suprà monui. Ratio etiam hoc probat. Nam quòd aliæ solennitates non requirantur, introductum est in favorem liberorum: & quòd requiratur *non præteritio*, est etiam introductum in favorem liberorum. ergo ille prior favor non debet huic præjudicare, sed debent ambo sustineri & conciliari.

405. QUÆRITUR 11. An, si tali testamento nullo ob præteritionem, adjecta sit clausula Codicillaris, sustineatur testamentum in vim Codicilli, ità ut filius præteritus succedat quidem ab intestato, sed tamen fideicommisso gravatus sit restituere hæredi scripto retentâ solâ legitimâ. Prima sententia affirmat. Ità supponit P. Molina d. cit. n. 7. nullo adducto auctore. Est tamen hæc sententia plurimorum & communior. Ità docet Julius Clarus *q.* 46. *n.* 1. Peckius *de Testam. Conjug. l.* 5. *c.* 25. *n.* 2. (quamvis plus non dicat, quàm eam esse crebriorem sententiam) VVurmserus *lib.* 2. *tit.* 25. *contr.* 3. Sichardus & alii, quos refert & sequitur Grassus §. *testamentum q.* 50. *n.* 5. Bacchovius *in Treutlerum mox citandum. litt. G.* Consentit Menochius *lib.* 4. *de præsumpt. præsumpt.* 32. si filius scienter præteritus est, & ait ità sentire infinitos.

Secunda sententia negat. Hæc videtur imprimis esse ex mente Iuris Bavarici tit. 37. a. 3. ubi dicitur, clausulam codicillarem solùm

subintelligi in favorem liberorum. Eam tenent disertè glossa & Jason *in auth. ex causa. n. 2. de lib. praeter.* VVesenbecius *in §. sed haec. Inst. h. t.* Fachineus prae caeteris accuratè *lib.* 4. c. 11. Treutl. *vol.* 1. *disp.* 13. *th.* 10. Hunnius *in eund. Treutlerum. Gail. apud eundem.* Harpprecht. §. in *Sed haec. n.* 14. *h. t. Inst.* Casparus Manzius *n.* 294.

406. Haec secunda sententia, & aequitati, & menti Legislatoris conformior esse videtur. Non probo tamen illam argumento, quo pleri-que utuntur, dum ex eo quòd hujusmodi clausula soleat ab imperitis Notariis adjici, non intelligentibus, quid illa importet, praesumunt, eam non ex mente testatoris adjectam esse, adeoque perinde habendam, acsi adjecta non esset. Hoc sanè non est solvere praesentem nodum, sed difficultatem declinare. Non enim quaeritur in praesenti, quid judicandum sit, si Notarius ex consuetudine adjecit, quod est generale etiam ad alia testamenta, sed quaeritur in casu quo sciente & intelligente testatore adjecta est, an idem operetur quod operatur in aliis testamentis, ubi nullus filius praeteritus esset, si scienter adjecta esset. Aliter ergo

Probo Conclusionem 1. Si tale testamentum valeret in vim Codicilli ad inducendum gravamen fideicomissi (modo dicto) tunc hoc maximè procederet in casu quo pater sciens filium voluit praeterire: si enim in hoc casu non valet, multò minùs valebit in casu ignorantiae vel oblivionis, ut fatentur adversarii. Atqui non est aequum, nec menti legislatoris consentaneum, ut tunc valeat in vim Codicilli. Ergo, &c. Minor probatur. Vel enim testator scivit, testamenta parentum ob praeteritionem esse nulla, & in hunc finem ut illud validaret, adjecit clausulam Codicillarem, vel id nescivit. Si nescivit, operatus est ex affectu improbo erga filium, & affectu à legibus improbato, ob quem annullar hujusmodi testamenta. Ergo non meretur, ut per clausulam codicillarem suffulciatur & robur inde capiat, quae solùm introducta est, in favorem ultimae voluntatis à lege non improbatae. Si verò scivit: tunc non solùm ex improbo erga filium affectu, excludendi eum ab omni haereditate, operatus est, sed insuper etiam in fraudem legis, adjiciendo clausulam, quâ voluit contra legis intentionem hujusmodi affectum fulcire.

407. Dicet fortassis aliquis. Imò non egit in fraudem legis, quia scivit, & voluit, quòd filius vi clausulae adhuc esset consecuturus Trebellianicâ, imò & legitimam, ex plurium sententia. Sed contra. Si fingis, testatorem tam Iurisperitum fuisse, cur ergo tam imperitè testatus est, & non instituit directè filium in legitima, & gravavit fideicommisso, & jussit reliqua restitui extraneo? hoc sanè potuisset in omnium sententia facere, & sic obtinuisset sine ulla dubitatione intentum, si filio legitimam non invidisset. ergo dum fingis testatorem Iurium valde peritum, facis eum imperitè testantem. Uno verbo, qui filio invidet haereditatem, & legis favorem, non meretur à legibus favorem accipere per Clausulae codicillaris adjectionem.

408. Probatur jam Conclusio 2. Per clausulam hanc codicillarem possent semper eludi leges irritantes hujusmodi testamenta, & deferentes haereditatem filiis praeteritis ab intestato. Ità Fachineus. Retorquet hoc argumentum VVurmserus, quòd imò Fachinei opinio clausulam codicillarem eludat, & evertat, contra legum Romanarum intentionem, & sanctionem: cùm hac ratione perexiguus imò ferè nullus ejus esset effectus. Sed haec retorsio nullius est momenti. Non enim fuit intentio legum, praebere remedium validandi iniquum & improbum affectum parentum, ut jam ostensum est. Respondet idem VVurmserus ulteriùs. Leges illas per hanc clausulam Codicillarē non planè negligi, nec eludi, si quidem testamentum ad cassum intestati redigitur, & liberi detractâ legitimâ successores sunt. Sed contra est, quia si leges voluissent contentae esse legitimâ, & non ampliùs punire iniquum patris affectum, non debuissent hujusmodi testamenta penitus annullare, & statuere, ut nihil inde praejudicii filiis causaretur.

409. Probatur Conclusio 3. & benè à Casparo Manzio n. 300. Si clausula codicillaris conservaret hujusmodi testamenta, sequeretur, quòd omne testamentum inter liberos, in quo pater praeteriit unum ex liberis, sustineri posset: consequens negatum est ex communi sententia *quaest.* 10. *praeced.* Sequela probatur, quia, ut ex communi docet Grassus L. c. in testamento inter liberos semper subintelligitur clausula codicillaris, etiamsi non apponatur: ergo filius praeteritus semper gravaretur filiis institutis omnia restituere exceptâ legitimâ. Et sanè ex Adversariis praecipuus Menochius n. 19. expressè docet, quòd quando agitur de clausula codicillari, quae in testamento tacitè subintelligitur condito inter liberos, quòd, inquam, non operetur fideicommissum, nempe quia non subintelligitur, nisi in quantùm utile est libetis. non esset autem filio praeterito utile, si subintelligeretur, quando est praeteritus. Infero: ergo ex eodem erga liberos favore dicendum est, eam à legibus non approbari, quando est in praejudicium liberorum praeteritorum.

Hinc jam patet facilis responsio ad praecipuum argumentum adversariorum desumptum ex vi & virtute clausulae Codicillaris: haec enim vis illi concessa est, in favorem ultimae voluntatis rationabilis & à legibus non improbatae, quae ex defectu solennitatis irrita redderetur, nisi virtute clausulae sustentaretur. Atqui in nostro casu sustineret voluntatem iniquam, & impiam

piam, ac à legibus reprobatam: ergo non habet locum.

410. Urget tamen VVurmserus. Clausula Codicillaris idem operatur, ac si ab intestato venientes rogâsset testator, ut hæreditatem scriptis hæredibus restituerent. *L. f. C. h. t.* atqui si codicillis factis ab intestato venientes filios expresè rogâsset testator, ut scriptis hæredibus hæreditatem restituerent, sine omni dubio fideicommissum præstandum esset. *L. si quis cum. 3. ff. h. t.* ℞. Negando majorem, & paritatem cum casu posito in minore propositione. Nam in hoc casu testator se gessisset, prout per leges illi licet, & filios saltèm dilexisset, quantùm leges jubent, nempe quoad legitimam. At verò in casu controversiæ, quantùm in se erat, etiam quoad legitimam odisset, ut probatum est in eo qui sciens filium præteriisset: (nam in eo qui ignorans præteriisset, præsumeretur defectus voluntatis, ut etiam adversarii fatentur, quia nullus parens præsumitur magis amare extraneum, quàm liberos) talis ergo voluntas punitur à lege per irritationem institutionis omnimodam extranei, quem testator inordinatè dilexit.

411. QUÆRITUR 12. Si filius præteritus sciens sibi competere jus succedendi ab intestato, velit tamen ab hæreditate abstinere, utrum nihilominus testamentum sit & permaneat nullum, ità ut alii hæredes legitimi ab intestato succedant, excluso hærede scripto, vel an potiùs per talem abstinentiam, vel (ut loquuntur aliqui) abstensionem fiat, ut testamentum sustineatur, ità ut hæres scriptus excludat hæredes ab intestato.

℞. 1. Si de rigore Iuris loqui velimus, manet testamentum nullum: quia per filii repudiationem præcisè, nullâ accedente lege, non potest convalescere, sicut nec convalesceret, si ex defectu alterius solennitatis nullum esset. ℞. 2. Si non solius filii præteriti, sed etiam alterius præjudicium agatur, v. g. alicujus, cujus interesset, testamentum esse nullum, quia ab intestato plus consequeretur, quàm quod illi in testamento relictum est, tunc putant quidem aliqui, testamentum manere nullum, secùs, reviviscere. Verùm ego dicerem, vel semper manere nullum, vel nunquam. Nam semper agitur de præjudicio tertii, nempe illius qui succederet ab intestato, excluso hærede scripto. Absolutè ergo ℞. 3. Ex communiore sententia, tunc tuendam esse voluntatem testatoris ex æquo & bono, per textum *legis 17. ff. de injusto rupto.* ibi. *Quodsi bonis patris se abstinuit, licèt subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas ex æquo & bono tuebitur.* Ità tenet Vasquius *Illust. Controv.* c. 100. §. *quod.* & Julius Pacius *in hunc tit. Inst.* §. *de liberis.* Unde acutè notat Vasquius: Quòd filio præterito hæreditas sub conditione quælita fuerit, sub conditione, inquam, resolutivâ, non suspensivâ: quia fingitur ab initio statim valuisse; adeoque omnes fructus, qui interim hæreditati accesserunt, ad hæredem scriptum pertinebunt. Ratio pro hac resolutione potest hæc reddi. Nam quòd leges hujusmodi testamentum irritum velint, id faciunt in favorem præteriti, & in odium iniqui affectûs parentis, in quantùm hic affectus affert præjudicium filio præterito: atqui hæc ratio cessat, si filius velit se abstinere: ergo nón est cur non sustineatur voluntas testatoris.

412. Objiciet aliquis. Ex hac resolutione sequeretur, quòd etiam antecedenter posset filius hujusmodi testamentum reddere validum consentiendo patri, ut se prætereat: consequens non admittitur. Respondeo, sequelam non esse bonam, quia possunt esse causæ, quare non debeat filio concedi potestas antecedenter consentiendi & validandi, quæ tamen non militant contra potestatem ex post facto convalidandi. v. g. quia potestas illa prior posset patri esse occasio indncendi filium per dolum aut metum, ut consentiret, quod non potest facere post mortem. Itaque sequela non tenet. quid autem de veritate consequentis & rei ipsius dicendum sit, videamus.

413. QUÆRITUR ergo 13. An valeret hujusmodi testamentum, si filius antecedenter (secluso juramento) consentiret in sui præteritionem, vel an non valeret, ità ut ipse filius facto suo contravenire, & testamentum nullum dicere posset. Dici, *secluso Iuramento.* Nam accedente Iuramento valet renunciatio. *c. 2. de pactis in 6.* [Quamvis pactum patri factum à filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tamen juramento non vi nec dolo præstito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit. cùm non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.] Possunt ergo liberi renuntiare suæ legitimæ cum juramento, exceptis iis, qui causâ religionis ingrediendæ renuntiarent: hoc enim, sicut alias donationes irrevocabiles, vetat Tridentium *sess. 25. de regularib. c. 16.* nisi cum licentia Episcopi, vel ejus vicarii fiant intra duos menses proximos ante professionem: ubi tamen specialiter excipitur nostra Societas, ut jam suprà retuli. Veniendo nunc ad quæstionem propositam,

Prima sententia affirmat posse per hujusmodi consensum & renuntiationem testamentum validari, & sustineri saltem Iure prætorio. Ità Clarus q. 43. *n.* 3. Gomez. *var. Resol. to.* 1. *c.* 11. *n.* 14. qui hoc putat etiam de Iure civili defendi posse. Covarruv. *ad c. Raynutius.* 18. §. 2. *n.* 2.

414. Secunda sententia communior negat, & sanè in relato cap. Pontifex hoc ipsum suppo-

supponit, ut ex verbis liquet. Constat etiam satis clarè ex lege 35. §. 1. *C. de inoff. test.* ibi. [Illud etiam sancimus, ut si quis à patre certas res vel pecunias accepisset, & pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentum paternum minimè ab eo conveniretur: & post obitum patris filius, cognito paterno testamento non agnoverit ejus judicium, sed oppugnandum putaverit: vetere jurgio exploso hujusmodi pacto filium minimè gravari, secundùm Papiniani responsum, in quo definivit &c.] Deinde subjungit Imperator. *Sed hoc ità admittimus, nisi transactiones ad hæredes paternos filius celebraverit, in quibus apertissimè judicium patris agnoverit. posset ergo jus dicendi nullum testamentum remittere hæredibus scriptis per transactionem.*

415. Hinc patet Responsio ad fundamentum contrarium, nempe, quòd quivis favori suo possit renuntiare. Hoc enim non est verum, quando contrarium interest Reipublicæ: interest autem Reipublicæ, servari substantialia, nec privatâ voluntate posse ea immutari: ex qua causa non potest etiam testator renuntiare solennitatibus requisitis, quia non solùm in ejus favorem, sed etiam boni publici causâ introductæ sunt, ut suo loco dictum est.

Sed videamus, quàm *subtili* ratione Gomez probet suam opinionem. Renuntiatio interponitur tempore quo fit testamentum (sed quid si priùs fieret?) & in ipso actu testandi: atqui in illo actu & tempore debetur jus instituendi filium: ergo renuntiatio dicitur facta de jure aliquo jam præsenti, non verò de futuro, seu primùm acquirendo. ergo valet. quia solùm non valet quando est renuntiatio de futuro. ℞. Licèt Ius ad hoc *ut non prætereatur*, habeat filius quando fit testamentum, necdum tamen habeat Ius in rebus hæreditariis, sed solam spem: est ergo illud potiùs jus *ad rem* quàm *in re.* ergo quatenus filius renuntiaret, hæc renutiatio tenderet in jus futurum *in re.* & ideo non valet, lege nimirum resistente. & hæc de Iure communi. De Iure Bavarico tit. 36. a. 5. Si filius vel filia aliquid à parentibus accepit, & hæreditati renuntiavit, adhuc est instituendus saltèm in eo quod accepit, alioquin testamentum non subsistit.

416. QUÆRITUR 14. Si filius fuit legitimè exhæredatus, adeoque valet testamentum, an nepos præteritus possit impugnare testamentum. Non pauci quidem affirmant. ℞. tamen Negativè. quia vivo patre qui est immediatus non debetur Nepoti legitima, nec in locum patris succedit, nec agnatione rumpit testamentum. & habetur *l. 4. §. 1. ff. de bonor. poss. c. tab.* [Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit hæredem, vel exhæredaverit, & ex eo nepotem omiserit, bonorum possessioni locus non est, quia non esset nepos suus hæres futurus.] Pro hac sententia affert Gomez *c. 11. n. 21.* novem argumenta, sed quod me maximè movet est textus allatus, & quia testamentum habet omnia requisita. Sententia contraria habet plures antiquos AA. & in praxi satis tuta esset ob auctoritatem quæ videri potest apud Grassum *q. 36. n. 15.* (qui quæstionem indecisam relinquit) & apud Gomez.

417. Objiciunt ergo 1. Nepoti defertur hæreditas ordine successivo ex edicto successorio *Vnde liberi.* ergo etiam defertur querela inofficiosi testamenti, quæ ordinatur ad obtinendam hæreditatem. ℞. Negando consequentiam, quia non valet à successione ab intestato, sd successionem ex testamento, vel contra testamentum. Et sanè si hæc consequentia valeret, ut alia taceam, quàm parum noceret justa exhæredatio filio, si nepos ejus loco, & in ejusdem utique emolumentum hæreditatem caperet?

418. Objiciunt 2. Exhæredatus habetur pro mortuo, ergo filius illius subintrat in illius locum. ℞. Haberi pro mortuo quoad exclusionem à successione patris, non verò ut nepos perinde subintret in ejus locum.

Alia jura quæ objici possent, loquuntur de exhæredatione illegitima, & quando est locus transmissioni: vel in casu quo etiam nepos fuit exhæredatus, cui, defuncto suo patre ante avum, competit querela inofficiosi, (imò, in mea sententia, jus dicendi nullum) si sine causa est exhæredatus. *Videatur Gomez loco citato.*

419. QUÆRITUR 15. An etiam filius in testamento militari præteritus possit testamentum dicere nullum. Negant hoc aliqui cum Harpprecht, quia militibus sunt remissæ solennitates. Communis tamen & vera sententia affirmat: quia Nov. 115.[1] sine exceptione loquitur. Et quia militibus sunt remissæ solennitates extrinsecæ ad supplendam justam eorum ignorantiam, vel difficultatem in procurandis solennitatibus, non autè sunt remissæ ad supplendum illius iniquum affectum, qualis etiam in milite esset, si scienter filium præteriret. Quòdsi ignoranter præterit, in ejusdem favorem præsumitur defectus voluntatis, ut in simili suprà dictum est.

420. QUÆRITUR 15. An, ad hoc ut filius non sit præteritus, ità ut testamentum possit dicere nullum, requiratur, ut tota legitima ei sit relicta per directam institutionem. ℞. Negativè, nam si minùs quid illi relinquatur, testamentum est validum nec potest impugnari, sed agere potest filius ad supplementum legitimæ. §. 3. *Inst. de inoff. testam.* [Sed hæc ità accipienda sunt, si nihil eis penitùs à testatoribus testamento relictum est. Sin verò quantacunque pars hæreditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querelâ quiescente, id quod eis deest, repleatur.] Idem habetur *l. 30. C. eod.*

421. QUÆRITUR 16. Si filio præterito fuit instituta causa pia, an testamentum sit

sit nullum, & res reducatur. ad successionem ab intestato. Communis sententia negat, putátque sufficere, si filius alio quàm institutionis titulo legitimam consequatur. hanc sequitur Clarus *q. 6. n. 8. & 9.* per rationem. quia in testamento ad causas pias non attenduntur solemnitates civiles, qualis est, quòd filius debeat legitimam consequi titulo institutionis. Totum hoc tradit etiam Tuschus *l. c. n. 36.* sed statim sibi contrarius aliud tenet, ut, jam dicam. Ego itaque magis assentior eidem Card. Tuscho *Conclus. 639. n. 8.* ubi sic scribit. [Etiamsi fiat testamentum ad pias causas, præteritio est nulla, seu, filii non possunt præteriri & exhæredari, ideo non valebit testamentum in quo filius est præteritus: & in eo casu filius detrahet legitimam, & totum restituet piæ causæ ab intestato.] Ratio autem reddi potest, quia Causa filiorum est etiam aliquo modo causa pia; certè secundùm Augustinum laudabiliter præfertur causæ piæ, ut habetur *can. fin. ca. 17. q. 4. Quicunque vult, exhæredato filio hæredem facere ecclesiam, quærat alterum qui suscipiat non Augustinum: imò Deo propitio nullum inveniet.*

CONTROVERSIA III.

Quomodo sint instituendi Parentes, aut Fratres.

SVMMARIVM.

An sit obligatio instituendi ascendentes. 422.
An Clericus, in quantùm potest ad causas profanas testari, obligetur instituere parentes. 423.
In qua portione sint instituendi. 424.
An instituendus avus, patre non existente, si tamen mater existat. 425.
An mater possit dicere nullum testamentum, si maritus in suo testamento fecit substitutionem pupillarem, quâ filio in pupillari ætate discessuro substituit extraneum. 426.
Quid Iure Bavarico. eod.
An habens fratres, non autem ascendentes, aut descendentes teneatur fratrem instituere. 427.
Quænam personæ hîc censeantur turpes. 428.
An testamentum fratris turpem personam instituentis, possit non solùm quoad legitimam, sed etiam quoad totam institutionem per querelam rescindi. 429. *& seqq.*
Cur non sufficiat filiis aliquid relinqui titulo legati. 432.
Intellectus legis 27. C. de inoff. test. 433.
An uxor pauper possit movere querelam inofficiosi, non relictâ illi quartâ parte debitâ. 434.

422. QUÆRITUR 1. An sit obligatio instituendi ascendentes. ℞. 1. Si quis insuper habeat descendentes, nulla est obligatio instituendi ascendentes: Nam, ut tract. præced. vidimus, ascendentes excluduntur à descendentibus ab intestati successione. ℞. 2. Nullis descendentibus exstantibus, parentes vel instituendi vel exhæredandi sunt, præteriti possunt testamentum dicere nullum. Nov. 115. c. 4. ibi. [Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo à rebus suis in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienos facere, nisi causas, quas enumeravimus, specialiter in suis testamentis nominaverint, vel descripserint. & §. 9. Si autem hæc omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum quantùm ad institutionem hæredum habere sancimus: sed rescisso testamento (*per declarationem nullitatis*) eis qui ab intestato ad hæreditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus: legatis videlicet, & aliis capitulis suam obtinentibus firmitatem.]

423. QUÆRITUR 2. An etiam Clericus, in quantùm potest ad causas profanas testari, obligetur instituere parentes. ℞. Non esse quidem hujusmodi obligationem, ut parentibus præteritis testamentum esset nullum (nisi consuetudo hoc introduxisset,) posse tamen parentes petere legitimam sibi dari ex bonis filii Clerici. Ità supponit *Covarr. in cap. Quia nos. n. 7.*

424. QUÆRITUR 3. In qua portione sint instituendi. Ad hoc respondet Card. de Lugo. *d. 24. s. 8. §. 2. n. 173.* quòd vivente utroque parente uterque instituendus sit in partibus æqualibus. Verùm hîc mihi videtur esse lapsus calami. Non enim tenetur filius instituere ascendentes aliter quàm ipse debet institui ab ascendentibus, adeoque non nisi in legitima: sicut ergo parens potest descendentes instituere inæqualiter, modò cuivis competat legitima, & si minus legitimâ reliquit alicui, potest agi ad supplementum, persistente valore testamenti, ità & filius non aliter tenetur instituere ascendentes; ergo potest illos inæqualiter instituere. quæ omnia colliguntur ex dicta Novella.

425. QUÆRITUR 3. Si existat Mater, & avus paternus, sed non pater, debétne institui etiam avus? ℞. Negativè, quia in ascendentibus non habet locum repræsentatio, sicut in descendentibus. Vno verbo, eo modo sunt instituendi ex obligatione, quo modo & ordine illis debetur legitima, & quo succederent ab intestato, sed non in toto illo, in quo succederent ab intestato. de qua successione actum est plenè in tr. 5. præcedentis tomi, & magis omnia constabunt ex dicendis de Legitima. Itaque deficientibus immediatis, patre & matre, instituendi sunt avus, avia. & sic de cæteris.

426. QUÆ-

in Codicillis nec dari nec adimi potest hæreditas: atqui sublatâ conditione aliquo modo daretur hæreditas, quia daretur absolutè,& adjectâ conditione aliquo modo adimeretur, nempe pro casu non putabilis conditionis. *l.* 27. *ff. h. t.* §. 1. [Hæredi quem testamento purè instituit, codicillis scripsit conditionem, quæro an ei parere necesse habeat. Modestinus respondit. Hæreditas codicillis neque adimi potest.] Et hæc de Conditionata Institutione dicta sufficiant, ex quibus alii faciles casus resolvi possunt, quos ideo omisi.

CAPVT VII.

DE LIBERIS, PARENTIBVS, FRATRIBVS, INSTITVENDIS, VEL EXHÆREDANDIS.

CONTROVERSIA I.

De Hæredum differentia.

SVMMARIVM.

Hæredum divisio in necessarios, & voluntarios seu extraneos. 376.
Quinam olim necessarii sui,& non sui. *eod.*
An hodie sublata sit omnis differentia in ordine ad successionem inter emancipatos,& non emancipatos. 377.
Quinam hodie sint hæredes necessarii non sui. 378.
Quid sit Suitas. 379.
Quæ ad illam requirantur. eod.
Quinam fiant sui *Juris fictione.* 380. 381.

376. Hæredes ex testamento alii dicuntur Necessarii, alii Voluntarii seu Liberi, qui & Extranei nuncupantur. Horum differentia explicatur in Instit: tit: de Hæredum qualitate & differentia, Summa hæc est.

Hæredes Necessarii olim dividebantur in Necessarios *suos*, & Necessarios *non suos*. Necessarii in genere erant illi, qui in testamento scripti nolentes volentes debebant adire Hæreditatem. Necessarii *sui* erant, qui debebant necessariò hæredes instituì, vel nominatim exhæredari: Nempe existentes in potestate patris defuncti tempore mortis, filii filiævè, Nepotes Neptesvè in defectum filiorum, &c. Hodie tamen Iure Prætorio possunt etiam isti ab Hæreditate abstinere si velint, & ideo non sunt ampliùs Necessarii in hoc sensu, quòd debeant hæreditatem adire, sed, quòd debeant necessariò hæredes scribi, vel exhæredari.

Porrò, etiam filios emancipatos gaudere Iure suitatis quoad hunc effectum, quòd debeant æqualiter hæredes institui, sublatâ differentiâ saltem quoad hoc inter emancipatum & non emancipatum, habetur juribus infrà adducendis.

Controversia tamen est, an hodie sublata sit omnis omnino differentia inter Emancipatos & non Emancipatos quoad effectum successionis.

377. Prima sententia est Bartoli & sequacium, volentium Emancipatos æquè gaudere Iure suitatis ac non Emancipatos. Secunda sententia tenet, eam adhuc differentiam subsistere, quòd Emancipati sint extranei, in ordine ad hunc effectum, quòd in modo succedendi non sint pares, quia non emancipati ipso jure acquirunt hæreditatem quoad dominium (non quoad possessionem) absque aditione, eámque transmittunt ad hæredes: emancipati verò non nisi per aditionem acquirunt dominium, & absq; hac hæreditatem non transmittunt. Ità Gomez. Vasq. Grass. §. *suitas. q.* 4. *n.* 9. quos refert & sequitur P. VVadingus. *disp.* 4. *dub.* 9. §. 2. *n.* 2. *& Hunnius disp.* 15. *th.* 1. §. *neque ex hac.* Probatur unicè ex §. 3. *Inst. de hæred. qualit.* ubi dicitur. *Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti extranei hæredes nobis videntur.* Textus hic est sanè clarissimus, nec per legem *Meminimus* 15. *C. de legit. hæredib.* est correctus, ut putant adversarii. Nam hæc lex loquitur de successione ab intestato in parte æquali: nihil autem dicit, quòd emancipatus sit *suus* hæres ità

ut

ut etiam absque aditione hæreditatis acquirat dominium, illudque ad suos hæredes transmittat. Deinceps autem consueto loquendi modo etiam emancipatos nomine *suorum* comprehendemus, quatenus nimirum vel sunt instituendi, vel exhæredandi. præteriri enim non possunt sine præjudicio testamenti, ut dicetur.

378. Hæredes Necessarii *non sui* sunt hodie Mancipia: quando enim testator debitis ità gravatus ut bona non sint suffectura, scribit hæredem servum, servus hoc ipso consequitur libertatem, sed cum onere adeundi hæreditatem: & tunc, quando bona hæreditaria subhastantur, in servum non in defunctum redundat, nec hujus, sed illius nomine subhastantur. Neque si servus postmodum ad pinguiorem fortunam pervenerit, ampliùs ad aliquid tenetur creditoribus defuncti.

Denique hæres extraneus & voluntarius sicut non est necessariò instituendus hæres, ità non habet obligationem adeundi hæreditatem, sed potest eam repudiare: habétque Jus deliberandi, vel inventarii faciendi, ut dicetur.

379. Suitatem definit Alciatus *l. 5. Parerg. c. 19.* Quòd sit Hæredum qualitas, qui primum in potestate patria locum tenent, continuationem dominii necessitatémque successionis ipso jure inducens. Ex qua definitione apparet, etiam Alciati sententiâ Emancipatos non esse strictè *suos*.

Duo ergo requiruntur ad suitatem. 1. ut quis sit in patria potestate. 2. ut sit in primo gradu conjunctus, hoc est, non habens alium magis immediatè conjunctum existentem.

380. Sciendum tamen est, ad varias replicas evitandas, aliquos fieri *suos* fictione juris, quatenus nimirum finguntur fuisse in patria potestate alicujus, cùm reverâ nunquàm fuerint.

Primò enim Posthumus, quamvis nunquam fuerit in potestate patris, quia natus est post mortem illius, fingitur tamen fuisse, quia fingitur fuisse natus ante mortem patris. habetur §. 2. *in f. Inst. de hæreditat. quæ ab intestato deferuntur.* ibi. *Posthumi quoque qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.*

381. Secundò, Nepos non natus quidem, sed vivo avo conceptus, si filius ex quo conceptus est, decedat post mortem avi, ante nativitatem Nepotis, fingitur etiam natus fuisse ante mortem avi, & esse hæres suus, quoad commodum suum. Ità tenet Baldus *in l. 3. C. unde liberi.* Et in quorundam sententia (de qua infrà) haberet utilitatem, si pater fuisset exhæredatus.

Tertiò, Episcopus, vel Monachus factus, quamvis egrediatur patriam potestatem, retinet tamen omnia Iura Suitatis, quia fingitur manere in patria potestate. *l. 56. §. 1. ibi.* [Non liceat parentibus propter hanc tantummodo causam, à sua hæreditate, vel successione repellere, sed necesse fit eis omnimodo, cū ultimam voluntatem suam perficiunt, quartam quidem portionem secundùm leges nostras relinquere, &c.

CONTROVERSIA II.

Quid requiratur specialiter in testamento Parentum, ut valeat.

SUMMARIUM.

patris, in quo alios liberos instituit, & nullum extraneum. 404.

An, si in testamento ob præteritionem nullo, adjecta sit clausula codicillaris, sustineatur testamentum in vim Codicilli, ità ut filius gravetur restituere hæredi scripto fideicommissum, retentâ legitimâ. 405.

Præfertur sententia negativa. 406.

Præcluditur effugium. 407.

Probatio Fachinei, *desumpta ab absurdo, quòd sic leges elidi possent, defenditur contra* VVurmserum. 408.

Aliud absurdum, quòd hoc modo omnis præteritio sustineri posset. 409.

Ratio conclusionis à priori, & solutio fundamenti contrarii. eod.

Satisfit replicæ VVurmseri. 410.

Si filius præteritus abstineat ab hæreditate, an adhuc maneat nullum. 411.

An valeret testamentum, si filius antecedenter (seclusio juramento) consentiret in sui præteritionem. 413.

Præfertur sententia negativa. 414.

Quomodo intelligendum: quòd quivis possit favori suo renuntiare. 415.

Subtilitas Antonii Gomez rejicitur. 415.

An filio legitimè exhæredato, Nepos præteritus possit impugnare testamentum. 416. 417.

Quo sensu exhæredatus habeatur pro mortuo. 418.

An filius in testamento militari præteritus, possit testamentum dicere nullum. 419.

An tota legitima sit relinquenda, ne filius dicatur præteritus. 420.

An testamentum sit nullum, si, filio præterito, fuit instituta causa pia. 421.

382. DICENDUM 1. Si Liberi in proximo gradu, & in potestate constituti, neq; instituantur, neque nominatim exhæredentur, testamentum est nullum: adeoque hæc est quædam specialis solennitas in testamento patentibus observanda. *Inst. de Exhæred. lib. pr.* ibi. [Sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.]

383. DICENDUM 2. Iure novo etiam fœminæ, vel instituendæ, vel exhæredandæ sunt nominatim. §. 5. *eod.* ubi post relatum jus antiquum sic statuitur. [Sed hæc quidem vetustas introducebat: nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, &c. Simplex, ac simile jus & in filiis & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis introduxit: ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, &c.] In hoc textu plura dicuntur, quæ tamen controversa sunt, an jure novissimo obtineant, ut deinceps videbimus.

QUÆRITUR 1. Utrum non solùm Pater & Avus paternus, debeat vel instituere, vel exhæredare nominatim quos habet in potestate proximo gradu conjunctos, sed id ipsum etiam de matre & avo materno procedat, ità ut si præterierit, testamentum ipso jure nullum sit.

384. Prima sententia negat, & vult testamentum valere, quamvis per querelam inofficiosi possit rescindi. Ità Treutlerus *vol. 2. d. 11. th. 1.* Duarenus *de liberis præter. c. 3. §. moribus. prope finem.* Antonius Perez *eod. tit. Cod. n. 7.* VVurmserus *lib. 2. tit. 13. Contr. 3.* & plures alii. & est sententia valde probabilis.

Secunda tamen sententia communior & verior, est affirmativa, saltèm, si testamento non est inserta causa præteritionis. Nam insertâ causâ plures dicunt valere testamentum, quia talis præteritio habet sufficientem formam Exhæredationis. Ità tenent Grassus §. *Testamentum q. 36. n. 1.* Clarus *q. 47.* Corneus apud eundem, dicens eam omnes DD. ubique tenere. Hunnius *in Treutl. L. c.* Bachovius *in eundem.* Casparus Mapzius *tit. 8. n. 54.*

Pobatur hæc sententia satis efficaciter ex Novella 115. *cap. 3. verb s ultimis.* ibi. [Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri aut avo, vel aviæ, proavo vel proaviæ, suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes facere in suo testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati: & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.] Post hæc recenset Imperator causas ingratitudinis ob quas liceat exhæredare. & deinde sic concludit. [Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, & scripti hæredes verâ esse monstraverint unam ex his, testamentum suam habere firmitatem decernimus. Si autem NB. hæc observata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præjudiciū generari, sed quantùm ad institutionem hæredum pertinet, testamento evacuato ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte pervenire &c.]

Ex hoc textu colliges, quare in Conclusione addiderim illas particulas: *Saltem si testamento non est inserta causa præteritionis.* Sciendum enim est, DD. communiter uno quasi ore asserere, valere testamentum, si causa præteritionis aut exhæredationis addamr in testamento, etiamsi postea non probetur, ac proinde non posse hæredem *suum* & exhæredatum agere contra hæredem

hæredem scriptum *petitione hæreditatis* (quia alter non est injustus hæres) succurri tamen illi per *Querelam inofficiosi testamenti*, quâ imploret officium Iudicis, ut rescindat Testamentum tanquam contra officium paternum factum: quo rescisso possit petitionem hæreditatis instituere.

385. Hæc quidem est recepta sententia. sed theoricè rem examinando, & ponderatis attentè verbis Novellæ, non levem patitur difficultatem, prout post alios optimè etiam advertit Arnoldus Rath *thesi. 12. & seqq. Quib. mod. test. infirm.* Ratio est, quia in textu recitato requirit Imperator æqualiter & copulativè hæc duo: causæ expressionem; & ejusdem probationem: atqui secundùm communem sententiam, si causa non est inserta, testamentum est nullum, & non est opus querelâ. ergo pariter, si quidem sit inserta, sed non probata, erit etiam nullum. Unde concludit citatus Auctor, Querelam *inofficiosi* hodie inter parentes & liberos esse planè sublatam. De hac Querela infrà cap. 10. ex professo agendum est. Redeamus nunc ad principalem Conclusionem.

Ad allatum ergo textum respondent Adversarii, Imperatoris ultima verba solùm loqui de *exhæredatis*, non verò de præteritis. Sed contra est, quia, ut benè observat Hunnius *q. 2. §. & quanquam.* clausula illa est generalis, & ad omnia antecedentia ejusdem constitutionis refertur. atqui in principio capitis tertii expressè agitur etiam de illis qui sunt præteriti, Et deinde subjicit in fine Imperator. *Et hæc quidem de parentum ordinavimus testamentis.*

Sententiam nostram clarè habemus expressam in authentica *Non licet. C. de lib. præt. Non licet parenti* (quo nomine etiam Mater, avus, avia, &c. veniunt) *aliquem ex liberis exhæredare, nisi probetur ingratus, & ingratitudinis causa nominatim inferatur testamento.* Est hæc auth. desumpta ex d. Novella, & quamvis adversarii putent non esse satis fideliter desumptam, aliter tamen judicabit, quisquis verba Novellæ contulerit.

386. Objiciunt adversarii illa verba: *Evacuato testamento.* quasi evacuandum esset per querelam *inofficiosi.* Sed hæc objectio ipsis adversariis solvenda est. Nam si verbum *Evacuatio* esset intelligendum de Rescissione per querelam, sequeretur, etiam tunc fore locum querelæ, & valiturum testamentum, quando nulla causa exhæredationis inserta esset, quod ipsi negant. Itaque Imperator non vult, testamentum esse primùm evacuandum, sed dicit esse jam suâ lege evacuatum quoad Institutionem. Et hoc etiam indicat particula; *Non licere.* quæ enim jure non licent, etiam non valent, & irrita sunt. *l. 5. C. de Legib.*

Confirmatur etiam ex eo, quòd si primùm esset per querelam evacuandum, non rectè dixisset Imperator, his non observatis nullum præjudicium creari liberis. Satis enim grande præjudicium esset, si querelâ intra quinquennium non institutâ, testamentum in suo robore permaneret. Et sanè incredibile est, quòd Imperator nullam mentionem Querelæ fecisset, tanquam remedii necessarii, si non voluisset omnino nullum esse testamentum.

387. QUÆRITUR 2. An tale Testamentum sit quoad omnia contenta irritum & inane. Affirmant Antonius Faber, & eum secutus Gilkenius. *in auth. ex causa C. de lib. præter.* item VVurmserus *l. c. contr. 4.* Negativa sententia est communis aliorum, & verior. quæ docet, valere quoad legata, & fideicommissa, ac donationes. Habetur in terminis *in cit. auth. C. de lib. præter: Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones. cætera namque firma permanent.* Respondent adversarii, esse intelligendam de testamento matris, & præteritionis ejus, & supponunt, tanquam à se probatum, tale testamentum non esse ab initio nullum, sed rescindendum. Verùm nos contrarium probavimus, & authentica dicit testamentum *esse irritum*, non, *fieri irritum.* & æquè loquitur de præteritione ac exhæredatione illegitimè factâ, quæ ipso jure irritum reddit testamentum.

Objiciunt 1. Nemo potest partim testatus partim intestatus decedere. atqui hoc fieret, si testamentum valeret: nam legitimi hæredes hæreditatem ab intestato vindicarent, & legatarii legata ex ipso testamento caperent. ℞. Suprà à me explicatum esse, quousque verum sit illud effatum, nempe non esse hoc in libera potestate testatoris; per legem autem id in aliis etiam casibus effici, ibidem ostensum est. Et nunc video ab Hunnio hoc etiam tradi, nempe præsentem casum esse exceptum à Regula, & hoc colligit ex cap. 4. Novellæ, ubi Imperator disertis verbis ait, si quid huic parti contrarium in veteribus legibus occurrat, nolle se id valere, aut ratum habere.

388. Objiciunt 2. Illa ultima Novellæ verba. c. 3. [Si verò contigerit, in quibusdam talibus testamentis, quædam legata, vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula legibus concessa nominari: ea omnia jubemus adimpleri, & dari illis quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non rescissum NB. obtineat testamentū.] Ex his (inquiunt) verbis apparet, quòd Iustinianus, quando vult legata, &c. deberi, non loquatur de testamento ipso jure nullo, sed de rescindendo: ergo ex testamento patris ob præteritionem, aut exhæredationem illegitimè factam, nullo, nulla debentur legata. ℞. Hæc verba potiùs pro nostra sententia facere. Nam hæc verba ad omnia testamenta superiùs reprobata referuntur: ergo etiam ad illa, quæ etiam secundùm adversarios nulla sunt. Ergo & ipsis fatendum est, Imperatorem non loqui de Rescissio-

scissione supponente valorem actûs, sed de Rescissione quæ solet sæpius in jure attribui actibus ipso jure nullis, v. g. sententia tempore feriarum in absentes lata, dicitur nullius esse momenti, & tamen dicitur rescindi. *l.* 1. *ff. de feriis.* item sententiæ ipso jure nullæ sine appellatione rescindi dicuntur, *ff. quæ sent. sine appell. rescindantur.* Neque curandum est, quòd dicunt adversarii, nobis non licere à verborum proprietate recedere. hoc enim verum est, quando sine urgente fundamento, & sine exemplo recederetur, quod non fit in proposito.

389. Objiciunt 3. In favorem liberorum est introducta nullitas horum testamentorum: ergo non debet in eorum odium explicari, gravando eos obligatione restituendi legata. Retorqueo. Etiam Rescissio esset introducta in eorundem liberorum favorem, & tamen non extenditur ad rescissionem legatorum, &c. Favor ergo eò usque extendendus est, quousque Imperator extendere voluit. Ratio non extendendi ad nullitatem legatorum, solet reddi: quia hunc favorem annullandi testamenta, voluit Imperator opponere odio patentum in præteritione aut exhæredatione monstratum: atqui in relinquendis legatis non continetur odium liberorum, sed in sola *non institutione*: ergo favor hanc solam debuit punire. Hæc tamen ratio non est satis universalis, nam, ut statim dicetur, etiam quando ignoranter præteritur filius, testamentum est nullum, ubi tamen nullum est odium. Ratio ergo videtur esse alia, nempe, quòd favor non debeat extendi in præjudicium ultimæ voluntatis, quâ voluit aliorum merita honorare testator, de quo liberi conqueri non possunt.

Objiciunt denique aliquas leges ex libb. Digestorum. Sed nos attulimus textum Novellæ, ubi Imperator protestatur, se velle antiquas leges quoad hoc punctum abrogare. Suppositâ ergo nostrâ sententiâ quòd ex tali testamento legata debeantur,

390. QUÆRITUR 3. An etiam tunc debeantur, si patet filium ignorans præteriit, v. g. putavit esse defunctum, vel nescivit esse natum. Affirmat Hunnius, auctores non nisi tacito nomine allegat. Communis aliorum sententia negat post Bartolum. quam aliis relatis tenet Grassus §. *legatum. q. 67. n. 3.* Prior sententia, insistendo Iuris apicibus valde probabilis est. Secunda verò æquitati conformior videtur, & in praxi tuta, quia non caret etiam gravibus fundamentis.

Probatur enim 1. Ex eo, quòd Imperator in d. Novella satis insinuet, se loqui de præteritione scienter facta, nam eam ob causam testamentum nullum decernit, ne liberi in parentum substantiis aliquam *circumscriptionem* patiantur. quoad legata autem, &c. licitum est circumscribere liberos; sed circumscribere voluisse non præsumitur qui ignorat. Respondet Hunnius, etiam ignorantes dici circumscribere *l.* 16. §. 4. *ff. de minoribus.* Verùm in hoc textu nihil tale legitur. hæc sunt verba illius. *Idem Pomponius ait, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Certè Circumventio & Circumscriptio in sensu proprio fit à cognoscente.

Probatur 2. Legata sunt quædam donatio, quæ post mortem revocari non potest. Sicut ergo donatio inter vivos revocari potest, si præter spem liberi superveniant, quia præsumitur donator sub hac conditione donâsse: *si non supervenient liberi.* ergo idem de legatis dicendum erit, & præsumendum, non nisi sub hac tacita conditione legâsse, præsertim si legata sint profana. quia non solemus extraneos proprio sanguini præferre. illud autem præsumitur quod plerumque fieri solet.

391. Sed, quidsi in testamento adjecta sit clausula codicillaris, ut, si non valeat in vim testamenti, valeat in vim Codicilli? nam Codicillis possunt legata relinqui. Ergo videntur legata vi hujus clausulæ sustineri, etiamsi fuerit ignoratus filius. Et ità sentit communior sententia, ut videre est apud Grassum *L. c. n.* 4. Ego tamen magis assentior Bartolo cum pluribus DD. apud eundem Grassum. cum quo tamen non probo assertionem ex eo, quòd hujusmodi clausula soleat ex consuetudine apponi ab imperitis Notariis. Non enim censeo, quòd imperitiæ arguendus esset Notarius, aut præter intentionem testatoris facturus, qui in tali testamento clausulam codicillarem adderet. hæc enim adderetur, ad supplendum defectum alicujus solennitatis: in præsenti autem quæstione non ex defectu solennitatis, sed ex defectu voluntatis negamus legata deberi, hunc autem defectum Codicillaris clausula non supplet.

392. QUÆRITUR 4. Quid juris in emancipato, si nec Instituatur, nec exhæredetur, sed se præteritum repetiar; quam quæstionem intricatissimam vocat Hunnius, & si spectetur DD. dissensio, id verum est, & nisi fallor, provenit ex nimio affectu subtilizandi circa verba Iurinm, quæ si acciperentur, ut apertâ fronte sese insinuant animis legentium, non esset res adeo intricata.

Pro ejus intelligentia sciendum est, quantùm intersit, testamentum ab initio statim nullum fuisse, prout præteritis *suis* hæredibus nullum esse omnes fatentur, & non esse nullum ab initio, sed postmodum rescindi. Et quidem antiquo Iure certum est, Emancipatis præteritis testamentum ab initio validum fuisse, ut recensetur in §. *cit.* 3. *Inst. de exhær. lib.* ibi *Emancipatos liberos jure Civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est, quia non sunt sui hæredes.* Itaque Iure antiquo non competebat illis Remedium Iuris Civilis, quod vocatur: *Ius dicendi*

cendi nullum testamentum. & hoc remedium durat 30. annis, nequeciriùs contra illud præscribitur, ut dictum est *l0. t. tr. 5. cap. de Præscript.* sicut competebat, & hodieque competit *suis* præteritis. Aliud ergo remedium providit Emancipatis Prætor, quod dicitur: *Bonorum possessio contra tabulas.* ut narratur io §. cit. seqq. verbis. hoc autem remedium nisi intra annum à die notitiæ prætetitionis assumatur, cessat. Quæstio igitur est, an Iure novo sit hoc immutatum, & Emancipato etiam Remedium civile, scilicet, *Ius dicendi nullum* competat, sicut hæredibus *suis.*

Prima sententia negat. Alciatus 3. *paradox. c.* 10. quem sequitur Antonius Perez. *C. h. t. n. 4.* & Arnoldus Corvinus *C. h. t.* eandem tenet Ferd. Vasquius, *lib. 2. de success. treat.* §. 20. *n.* 146. Grassus. §. *suitas. q. 4. n. 9.* dicit, passim hunc esse dubium, & egere decisione Principis; sed paulò pòst instar Principis ipse decidit pro hac sententia negativa, dicens: *& hac veritas est.* Corneus etiam dicit, ità omnes generaliter loqui. sed hoc falsum est. eandem tenet Harpprecht. *in* §. 5.

393. Affirmativa sententia communior est, post glossam Accursii, eamque tenent ex RR. Hunnius *in Treut. l. c. q. 5.* Schneidevvein, P. V Vadingus. *dub.* 9. §. 2. *n.* 3. sed valde obiter, sicut & P. Molina *d.* 175. *n.* 35. Denique post longam & doctam altercationem eam præfert Manzius. n. 122. ex quo placet referre casum quem format, & multùm deservit, ad quæstionis utilitatem intelligendam.

Quidam ex primo matrimonio susceptit duos filios: mortuâ uxore transiit ad secundum, & iterum generavit tres alios liberos. Cùm elocâsset filios primi matrimonii, ex instigatione novercæ testamentum facere voluit, & in eo liberos tantùm secundi matrimonii instituere. Quod cùm intelligerent primi, sese opposuerunt: illæ autem magis irritatus perrexit, & liberos secundi matrimonii taotùm instituit, hoc addito: se primis nihil relinquere, eò quòd prohibuissent eum testari. (quæ est una ex causis exhæredandi.) Mortuo testatore liberi præteriti per annum & ampliùs quieverunt, postea autem petierunt, ut hæreditas inter ipsos & cæteros liberos divideretur, *actione familiæ Erciscundæ propositâ.* Hi exceperunt, illos hæredes non esse, utpote in testamento neglectos. Replicârunt primi, testamentum esse nullum, vel si summo jure valeret, rescindendum, ac proinde successioni ab intestato locum esse. Duplicârunt secundi, testamentum in quo liberi emancipati (quales primi erant per matrimonium in Germania) sunt præteriti, non esse ipso jure nullum, sed per bonorum possessionem rescindendum: atqui illos primos bonorum possessionem intra annum non agnovisse: ideo non posse illos testamentum paternum ampliùs subvertere. Primi asserunt, imò ipso jure nullum esse. Secundi triplicant, & ajunt, esse insertam causam præteritionis. sed primi quadruplicant, causam quidem fuisse insertam, non autem probatam: non enim ideo sese patri opposuisse, ut prorsus faceret testamentum, sed ne contra officium paternum ipsos negligeret. Hic est casus.

394. DICO, testamentum tale esse ipso jure nullum, nec esse admittendam distinctionem Iulii Clari q. 42. dum vult, si emancipatus sit à patre prætetitus cum insertione causæ, testamentum esse jure validum, sed rescindi posse per querelam, si causa oon fuerit vera; si verò facta fuerit prætetitio sine expressione causæ, tunc testamentum esse ipso jure nullum. Hac distinctione, ut dixi, rejectâ (prout eam suprà rejecimus cum Arnoldo Rath) Probatur Conclusio. 1. ex supra citato §. 5. ubi relato Iure antiquo dicitur: *Sed hæc quidem vetustas introducebat.* deinde inferiùs novum jus declarans ait: [ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nomioatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hæreditatem auferendam, quem filii sui, vel emancipati habent, sive jam nati sint, &c.

Respondent adversarii ex particula: *infirmanda*, colligi quòd testamentum valeat: nam quod nullum est, non debet infirmari. Quare putant, *suos*, & *emancipatos* præcisè in hoc æquiparari, quòd habeant media impugnandi testamentum, sed diversa, illi quidem jus dicendi nullum: hi verò, petitionem hæreditatis contra tabulas, & querelam inofficiosi. Verùm hæc est illa subtilitas, quæ verba sincerè spectata clara, reddit perplexa. Nam si τὸ *infirmanda* ità strictè acciperetur ab Imperatore, tunc etiam *sui* deberent illud infirmare per querelam; quod est falsum: sequela patet: quia de suis æquè ac emancipatis idem uno contexto dicitur. Deinde rectè Speculator dixit, Testamenta hujusmodi dici rescindi & infirmari, quatenus de facto, non qnatenus de jure substiterunt: id est, infirma declarantur.

Deinde ex initio illius paragraphi, ejusque cum præcedentibus continuatione, satis colligitur, Imperatorem etiam differentiam inter *suos* & *emancipatos* tollere voluisse. Cùm enim in §. 3. ex antiquo jure non solùm retulisset differentiam inter mares & fœminas, sed etiam quæ erat inter suos & emancipatos, & speciatim quidem, quòd emancipatis exhæredatis permittebatur bonorum possessio contra tabulas, tanquam hæc omnia jure novo correcta vel corrigenda essent, subjecit §. 5. *Sed hæc vetustas inducebat:* quasi diceret, jure novo aliud esse; & subjungit deinde paritatem inter suos & emancipatos, sicut inter mares & fœminas, dicens, quòd simile jus & simplex lo hia induxerit: atqui non esset simile, & simplex, sed dissimile &

duplex sicut antiquo jure fuit, si vera esset adversariorum sententia, quòd hodiéque emancipatis opus esset bonorum possessione contra tabulas & querelâ inofficiosi, ad valorem testamenti rescindendam.

395. Confirmatur ex adjecta ratione motiva, quâ Imperator inductus est, ad jus novum & æquale statuendum, inter masculos & fæminas his verbis. [Nostra verò constitutio inter masculos & fæminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiquâ omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur: ideo simplex & simile jus & in filiis & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sivo sui sive emancipati, &c.] Vides quomodo ex paritate naturalis concursûs inferat faciendam paritatem in successione, etiam inter suos & emancipatos? nunquid enim emancipatio mutat aliquid in natura filiorum? nunquid emancipati non serviunt ad propagandam familiam parentum? imò in hunc finem per matrimonium emancipantur. cur ergo non eodem affectu & favore digni sint, in quibus eadem causa favoris & affectûs parentum reperitur.

396. Dices hunc discursum periculosum esse, quia æquè inferret, præteritionem posthumi testamentum ab initio nullum facere, quod falsum est. Responderi posset 1. Concedendo sequelam cum Julio Claro, Card. Tuscho, Hunnio & VVesenbecio, qui volunt, testamentum esse ab initio nullum, nec de Iure civili quidquam ex eo peti posse, etiamsi posthumus ante mortem patris natus esset: quamvis æquitate prætoriâ convalescat. *l. 12. ff. de Injusto rupto.* sed prætermissâ hac responsione tanquam minus verâ, ℞. 2. Posthumis abunde consultum esse, quòd agnatione rumpant testamentum, nec opus habeant petitione hæreditatis contra tab. aut querelâ inoffic. & per se clarum est, non posse eos antequam nascantur, ità absolutè institui, sicut jam nati, cùm eorum nativitas incerta sit, quæ omnia magis constabunt ex dicendis.

397. Probatur Conclusio 2. & efficaciùs ex Novella jam suprà adducta, ubi nullum planè fit discrimen inter suos & emancipatos, sed generaliter dicitur, *penitùs* (hoc est ad nullum planè effectum) *non licere patri vel matri, &c. filium aut filiam, vel cæteros liberos NB.* (emancipati utique non desinunt esse liberi) *præterire, &c.* Itaque meo judicio, doctrinæ consequentiam non tenent, qui ex d. Novella fatentur probari nullitatem testamenti Materni, & negant probari nullitatem testamenti in quo præteritus est emancipatus.

QUÆRITUR 5. Quid Juris, si posthumus sit præteritus. Ad hoc quæsitum responsum debitur infrà contr. speciali; & dictum est aliquid sup. cap. 3. con. 2.

398. QUÆRITUR 6. Quomodo adoptivi instituendi sint. De hoc actum est tomo 1. tt. 4. & 5. Nunc breviter dicendum, quòd adoptatus ab ascendente, si quidem in adoptione permanserit, est necessariò vel instituendus vel nominatim exhæredandus, alioquin prætetitus potest testamentum dicere nullum. Infra retulimus loco citato, nempe *l. 10. C. de adopt.* ad quam se refert Imperator in Instit. §. 5. *in f.* dicens: *Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione quam super adoptivis tulimus, continetur.* Arrogatus verò si fuerit præteritus, vel sine justa causa exclusus aut emancipatus, omnia sua bona eorúmque commoda recuperat, & quartam partem bonorum arrogatoris consequitur, testamentum tamen impugnare non potest tanquam nullum, nec per querelam rescindere ex communi interpretum, sed quartam consequitur tanquam æs alienum ex Constitutione D. Pii. *l. 8. §. 15. ff. de inoff. test.*

399. QUÆRITUR 7. De Naturalibus filiis, de quibus etiam superiùs aliquid dictum. Nunc verò ℞. 1. A Matre eos esse vel instituendos vel exhæredandos, & præteritos dicere posse nullum testamentum. Deducitur ex dictis de successione ab intestato: succedunt enim Matri æquali jure cum legitimis. ℞. 2. Si post testamentum factum legitimentur, tunc ad minimùm sicut posthumi rumpunt patris testamentum. quamvis Grassus §. *testamentum. q. 36. n. 10.* putet, quòd simpliciter nullum possint dicere testamentû, sicut si ante testamentum legitimati fuissent. quam sententiam communem esse testatur Vasquius apud eundem. *p. 1. §. 20. n. 18.* & ratio mihi videtur esse, quia legimatio facit ut fingatur legitimè natus: si ergo ante testamentum factum natus est, fingetur se habere sicut legitimè nati, & non sicut posthumi.

400. Circa hactenus dictis Casparus Manzius n. 244. has conclusiones in compendio ponit. Parentes tam paterni quàm materni, ad hoc ut eorum testamenta ab initio subsistant, tenentur liberos suos tam masculos quàm fæminas, tam filios quàm nepotes, (mortuis eorum parentibus) tam suos quàm emancipatos, legitimè natos, & legitimatos, adoptatos ex ascendentibus, mater etiam illegitimos, instituere vel nominatim exhæredare. (addo ego, & causam exhæredationis exprimere ac probare) Arrogati præteriti quartam petere possunt.

401. Circa adoptatum ab ascedente posset hîc quæstio moveri, an non obstante tali adoptione debeat adhuc pater naturalis eum hæredem instituere, vel nominatim exhæredare. Ego, salvo meliore judicio, conformiter ad ea quæ to. preced. tr. 5. de successione ab intestato dixi, nempe, quòd adoptio non tollat illi jus succedendi

cedendi etiam patri naturali, dico consequenter in præsenti, quòd sit omnino instituendus vel exhæredand .s. Rationem reddo ex absurdo, quod alioquin sequi posset, nempe, quòd posset adoptatus sine omni culpa excidere utrâque hæreditate, nempe avi & patris naturalis. v.g. si pater naturalis priùs moretetur, & avus deinde eum emanciparet. Neque huic sententiæ video quid efficaciter objici posset, quàm illa, quæ in dicto loco solvere conatus sum, nempe quasi absurdum sit, posse utriusque hæreditatem adipisci, quod ego non reputo absurdum.

Post hæc scripta video hanc sententiam non displicere Casparo Manzio n. 217. quam dicit esse probabilem, non tamen infallibilem, quod & ego fateor; quomodo enim infallibilis esset, quæ nullo claro jure decisa est, & potiùs ex æquitate, quàm Iuribus deducitur?

402. QUÆRITUR 8. An sufficeret filiis aliquid relinqui in testamento per modum legati, vel alio modo præterquam institutionis, ut non possint dici præteriti. ℞. Negativè. Ex Iuribus enim allatis patet, requiri & esse de substantia testamenti, ut directè instituantur hæredes, & hoc titulo habeant jus capiendi quotam hæreditatis. Et hoc verum est, etiamsi filio titulo legati relinqueretur plus quàm legitima debita. *Novella* 115. c. 3. *princip.* ibi. *Nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem.*

403. QUÆRITUR 9. An saltèm sufficeret, ut filius non esset præteritus, si substitueretur hæredi. ℞. Negativè. & imprimis de substitutione indirecta, nempe fideicommissaria, patet ex verbis Nov. relatis. Quoad aliam substitutionem habetur in lege 43. §. 2. *ff. de vulg. subst.* [Lucius Titius, cùm haberet filios in potestate, neutem hæredem scripsit, & ei substituit filios; quæsitum est, an institutio neoris nullius momenti sit, eò quòd ab eo gradu filii non essent exhæredati. Respondi, eum gradum, à quo filii præteriti sint, nullius esse momenti, & ideo cùm iidem substituti proponantur, ex testamento eos hæredes extitisse videri: scilicet, quia non totum testamentum infirmaot filii, sed tantùm eum gradum, qui ab initio non valuit.] Ex hoc textu habemus iterum, quòd Iura soleant dicere *infirmari* ea quæ jure non valent. Itaque ex hoc textu inferunt DD. quòd filii haberent quidem jus dicendi nullum testamentum, sed solùm quoad institutionem hæredis extranei, de cætero valiturum testamentum. Quod quidem si intelligant de legatis relictis, consentaneum id est suprà dictis, & conforme Novellæ citatæ. Si autem velint ità valere, ut res non reducatur ad successionem ab intestato, sed filii succederent in illas partes in quas essent substituti, & non æqualiter, non assentior, quia videtur Novella citata refragari, dum dicit, filiis ex tali testamento nullum præjudicium creari; crearetur autem illis qui in minore quantitate substituti essent. Item suprà dictum est, quòd filii succederent ab intestato, & talis testator decederet partim testatus, partim intestatus, quod non esset verum, si filii ex tali testamento, & non ab intestato hæredes essent: ergo ut doctrinæ consequentiam teneamus, potiùs dicendum est, eos succedere ab intestato, quamvis contrarium teneat Casparus Manzius n. 268. insistens textui Digestorum, nos autem libentiùs insistimus Novellæ, per quam censemus jus Digestorum correctum, quemadmodum hic ipse author n. 273. fatetur per verba Nov. relata corrigi illa antiquiora jura, quæ in fideicommisso relicto filiis volebant testamentum valere.

404. QUÆRITUR 10. An filius præteritus possit dicere nullum testamentum patris, in quo alios liberos instituit, & nullum extraneum. Ratio dubitandi est, quia tale testamentum esset testamentum inter liberos. Atqui testamentum inter liberos non vitiatur omissione solennitatis. Nihilominus respondetur affirmativè. Nam licèt in tali testamento non requirantur solennitates communes aliis testamentis, de quibus loquitur textus in §. *ex imperfecto. sup. cit.* requiruntur tamen substantialia specialiter requisita ad testamentum patentum, qualis est institutio, vel exhæredatio, sive hanc velis dicere *solennitatem* sive non, quæ est inutilis quæstio de nomine, ut jam suprà monui. Ratio etiam hoc probat. Nam quòd aliæ solennitates non requirantur, introductum est in favorem liberorum: & quòd requiratur *non præteritio*, est etiam introductum in favorem liberorum. ergo ille prior favor non debet huic præjudicare, sed debent ambo sustineri & conciliari.

405. QUÆRITUR 11. An, si tali testamento nullo ob præteritionem, adjecta sit clausula Codicillaris, sustineatur testamentum in vim Codicilli, ità ut filius præteritus succedat quidem ab intestato, sed tamen fideicommisso gravatus sit restituere hæredi scripto retentâ solâ legitimâ. Prima sententia affirmat. Ità supponit P. Molina d. cit. n. 7. nullo adducto auctore. Est tamen hæc sententia plurimorum & communior. Ità docet Julius Clarus *q.* 46. *n.* 1. Peckius *de Testam. Conjug. l.* 5. *c.* 21. *n.* 2. (quamvis plus non dicat, quàm eam esse crebriorem sententiam) VVnmserus *lib.* 2. *tit.* 25. *contr.* 3. Sichardus & alii, quos refert & sequitur Grassus §. *testamentum q.* 50. *n.* 1. Bacchovius *in Treutlerum mox citandum. litt. G.* Consentit Menochius *lib.* 4. *de præsumpt. præsumpt.* 32. si filius scienter præteritus est, & ait ità sentire infinitos.

Secunda sententia negat. Hæc videtur imprimis esse ea mente Iuris Bavarici tit. 37. a. 3. ubi dicitur, clausulam codicillarem solùm

 subin-

subintelligi in favorem liberorum. Eam tenent disertè glossa & Jason *in auth. ex causa. n. x. de lib. prater.* VVesenbecius *in §. sed hac. Inst. h. t.* Fachineus præ cæteris accuratè *lib. 4. c. 11.* Treutl. *vol. 1. disp. 13. th. 10.* Hunnins *in eund. Treutlerum. Gail. apud eundem.* Harpprecht. §. in *Sed hac. n. 14. h. t. Inst.* Casparus Manzius *n. 294.*

406. Hæc secunda sententia, & æquitati, & menti Legislatoris conformior esse videtur. Non probo tamen illam argumento, quo plerique utuntur, dum ex eo quòd hujusmodi clausula soleat ab imperitis Notariis adjici, non intelligentibus, quid illa importet, præsumunt, eam non ex mente testatoris adjectam esse, adeoque perinde habendam, acsi adjecta non esset. Hoc sanè non est solvere prælectem nodum, sed difficultatem declinare. Non enim quæritur in præsenti, quid judicandum sit, si Notarius ex consuetudine adjecit, quod est generale etiam ad alia testamenta, sed quæritur in casu quo sciente & intelligente testatore adjecta est, an idem operetur quod operaretur in aliis testamentis, ubi nullus filius præteritus esset, si scienter adjecta esset. Aliter ergo

Probo Conclusionem 1. Si tale testamentum valeret in vim Codicilli ad inducendum gravamen fideicomissi (modo dicto) tunc hoc maximè procederet in casu quo pater sciens filium voluit præterire: si enim in hoc casu non valet, multò minùs valebit in casu ignorantiæ vel oblivionis, ut fatentur adversarii. Atqui non est æquum, nec menti legislatoris consentaneum, ut tunc valeat in vim Codicilli. Ergo, &c. Minor probatur. Vel enim testator scivit, testamenta parentum ob præteritionem esse nulla, & in hunc finem ut illud validaret, adjecit clausulam Codicillarem, vel id nescivit. Si nescivit, operatus est ex affectu improbo erga filium, & affectu à legibus improbato, ob quem annullat hujusmodi testamenta. Ergo non meretur, ut per clausulam codicillarem suffulciatur & robur inde capiat, quæ solùm introducta est, in favorem ultimæ voluntatis à lege non improbatæ. Si verò scivit: tunc non solùm ex improbo erga filium affectu, excludendi eum ab omni hæreditate, operatus est, sed insuper etiam in fraudem legis, adjiciendo clausulam, quâ voluit contra legis intentionem hujusmodi affectum fulcire.

407. Dicet fortassis aliquis. Imò non egit in fraudem legis, quia scivit, & voluit, quòd filius vi clausulæ adhuc esset consecuturus Trebellianicâ, imò & legitimam, ex pluriū sententia. Sed contra. Si fingis, testatorem tam Iurisperitum fuisse, cur ergo tam imperitè testatus est, & non instituit directè filium in legitima, & gravavit fideicommisso, & jussit reliqua restitui extraneo? hoc sanè potuisset in omnium sententia facere, & sic obtinuisset sine ulla dubitatione intentum, si filio legitimam non invidisset. ergo dum fingis testatorem Iurium valde peritum, facis eum imperitè testantem. Uno verbo, qui filio invidet hæreditatem, & legis favorem, non meretur à legibus favorem accipere per Clausulæ codicillaris adjectionem.

408. Probatur jam Conclusio 2. Per clausulam hanc codicillarem possent semper eludi leges irritantes hujusmodi testamenta, & deferentes hæreditatem filiis præteritis ab intestato. Ità Fachineus. Retorquet hoc argumentum VVurmserus, quòd imò Fachinei opinio clausulam codicillarem eludat, & evertat, contra legum Romanarum intentionem, & sanctionem: cùm hac ratione perexiguus imò ferè nullus ejus esset effectus. Sed hæc retorsio nullius est momenti. Non enim fuit intentio legum, præbere remedium validandi iniquum & improbum affectum patentum, ut jam ostensum est. Respondet idem VVurmserus ulteriùs. Leges illas per hanc clausulam Codicillarē non planè negligi, neque eludi, si quidem testamentum ad causam intestati redigitur, & liberi detractâ legitimâ successores sunt. Sed contra est, quia si leges voluissent contentæ esse legitimâ, & non ampliùs punire iniquum patris affectum, non debuissent hujusmodi testamenta penitus annullare, & statuere, ut nihil inde præjudicii filiis causaretur.

409. Probatur Conclusio 3. & benè à Casparo Manzio n. 300. Si clausula codicillaris conservaret hujusmodi testamenta, sequeretur, quòd omne testamentum inter liberos, in quo pater præteriit unum ex liberis, sustineri posset: consequens negatum est ex communi sententia *quæst. 10. præced.* Sequela probatur, quia, ut ex communi docet Grassus L. c. in testamento inter liberos semper subintelligitur clausula codicillaris, etiamsi non apponatur: ergo filius præteritus semper gravaretur filiis institutis omnia restituere exceptâ legitimâ. Et sanè ex Adversariis præcipuus Menochius n. 19. expressè docet, quòd quando agitur de clausula codicillari, quæ in testamento tacitè subintelligitur condito inter liberos, quòd, inquam, non operetur fideicommissum, nempe quia non subintelligitur, nisi in quantùm utile est liberis. non esset autem filio præterito utile, si subintelligeretur, quando est præteritus. Infero: ergo ex eodem erga liberos favore dicendum est, eam à legibus non approbari, quando est in præjudicium liberorum præteritorum.

Hinc jam patet facilis responsio ad præcipuum argumentum adversariorum desumptum ex vi & virtute clausulæ Codicillaris: hæc enim vis illi concessa est, in favorem ultimæ voluntatis rationabilis & à legibus non improbatæ, quæ ex defectu solennitatis irrita redderetur, nisi virtute clausulæ sustentaretur. Atqui in nostro casu sustineret voluntatem iniquam, & impiam

piam, ac à legibus reprobatam: ergo non habet locum.

410. Urget tamen VVurmserus. Clausula Codicillaris idem operatur, acsi ab intestato venientes rogâsset testator, ut hæreditatem scriptis hæredibus restituerent. *L. f. C. h. t.* atqui si codicillis factis ab intestato venientes filios expresse rogâsset testator, ut scriptis hæredibus hæreditatem restituerent, sine omni dubio fideicommissum præstandum esset. *L. si quis cum.* 3. *ff. h. t.* ℞. Negando majorem, & paritatem cum casu posito in minore propositione. Nam in hoc casu testator se gessisset, prout per leges illi licet, & filios saltèm dilexisset, quaotùm leges jubeot, nempe quoad legitimam. At verò in casu controversiæ, quantùm in se erat, etiam quoad legitimam odisset, ut probatum est in eo qui sciens filium præteriisset: (oam io eo qui ignorans præteriisset, præsumeretur defectus voluotatis, ut etiam adversarii fateotur, quia nullus patens præsumitur magìs amare extraneum, quàm liberos) talis ergo voluotas punitur à lege per irritationem institutionis omnimodam extranei, qnem testator inordinatè dilexit.

411. QUÆRITUR 12. Si filius præteritus sciens sibi competere jus succedendi ab intestato, velit tamen ab hæreditate abstinere, utrum oihilominus testamentum sit & permaneat nullum, ità ut alii hæredes legitimi ab intestato succedant, excluso hærede scripto, vel an potiùs per talem abstinentiam, vel (ut loquuntur aliqui) abstensionem fiat, ut testamentum sustineatur, ità ut hæres scriptus excludat hæredes ab intestato.

℞. 1. Si de rigore Iuris loqui velimus, manet testamentum nullum: quia per filii repudiationem præcisè, nullâ accedente lege, oon potest convalescere, sicut nec convalesceret, si ex defectu alterius soleonitatis nullum esset. ℞. 2. Si non solius filii præteriti, sed etiam alterius præjudicium agatur, v. g. alicujus, cujus interesset, testamentum esse nullum, quia ab intestato plus consequeretur, quàm quod illi in testamento relictum est, tunc putant quidem aliqui, testamentum manere nullum, secùs, reviviscere. Verùm ego dicerem, vel semper manere nullum, vel nunquam. Nam semper agitur de præjudicio tertii, nempe illius qui succederet ab intestato, excluso hærede scripto. Absolutè ergo ℞. 3. Ex communiore sententia, tunc tnendam esse voluntatem testatoris ex æquo & booo, per textum *legis 17. ff. de injusto rupto.* ibi. *Quod si bonis patris se abstinuit, licèt subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas ex æquo & bono tuebitur.* Ità tenet Vasquius *Illust. Controv. c.* 100. §. *quod.* & Julius Pacius *in hunc tit. Insti* §. *de liberis.* Unde acutè notat Vasquius: Quòd filio præterito hæreditas sub conditione quæsita fuerit, sub conditione, inquam, resolutivâ, non suspensivâ: quia fingitur ab initio statim valuisse; adeoque omnes fructus, qui interim hæreditati accesserunt, ad hæredem scriptum pertinebuor. Ratio pro hac resolutione potest hæc reddi. Nam quòd leges hujusmodi testamentum irritum velint, id faciunt in favorem præteriti, & in odium iniqui affectûs parentis, in quantùm hic affectus affert præjudicium filio prætetito: atqui hæc ratio cessat, si filius velit se abstinere: ergo nón est cur non sustineatur voluntas testatoris.

412. Objiciet aliquis. Ex hac resolutione sequeretur, quòd etiam antecedenter posset filius hujusmodi testamentum reddere validum consentiendo patri, ut se prætereat: consequens non admittitur. Respondeo, sequelam non esse bonam, quia possunt esse causæ, quare oon deheat filio concedi potestas antecedenter consentiendi & validandi, quæ tamen non militant contra potestatem ex post facto convalidandi. v. g. quia potestas illa prior posset patri esse occasio indncendi filium per dolum aut metum, ut consentiret, quod non potest facere post mortem. Itaque sequela non tenet. quid autem de veritate consequentis & rei ipsius dicendum sit, videamus.

413. QUÆRITUR ergo 13. An valeret hujusmodi testamentum, si filius antecedenter (secluso juramento) consentiret in sui præteritionem, vel an noo valeret, ità ut ipse filius facto suo contravenire, & testamentum nullum dicere posset. Dixi. *secluso Iuramento.* Nam accedente Iuramento valet renunciatio. *c.* 2. *de pactis in 6.* [Quamvis pactum patri factum à filia dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad booa paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tamen juramento oon vi nec dolo præstito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit. cùm non vergat in æternæ salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.] Possunt ergo liberi renuntiare suæ legitimæ cum jurameoto, exceptis iis, qui causâ religionis ingrediendæ renuntiarent: hoc enim, sicut alias donationes irrevocabiles, vetat Tridentium *sess.* 25. *de regularib. c.* 16. nisi cum licentia Episcopi, vel ejus vicarii fiant intra duos menses proximos ante professionem: ubi tameo specialiter excipitur nostra Societas, ut jam suprà tetulì. Veniendo nunc ad quæstionem propositam,

Prima sententia affirmat posse per hujusmodi consensum & renuntiationem testamentum validari, & sustineri saltem Iure prætorio. Ità Clarus q. 43. *n.* 3. Gomez. *var. Resol. to.* 1. *c.* 11. *n.* 14. qui hoc putat eriam de Iure civili defendi posse. Covarruv. *ad c. Raynutius.* 18. §. 2. *n.* 2.

414. Secunda sententia communior negat, & sanè in relato cap. Pontifex hoc ipsom suppo-

sit nullum, & res reducatur. ad successionem ab intestato. Communis sententia negat, putátque sufficere, si filius alio quàm institutionis titulo legitimam consequatur. hanc sequitur Clarus *q. 6. n. 8. & 9.* per rationem. quia in testamento ad causas pias non attenduntur solennitates civiles, qualis est, quòd filius debeat legitimam consequi titulo institutionis. Totum hoc tradit etiam Tuschus *l. e. n. 36.* sed statim sibi contrarius aliud tenet, ut, jam dicam. Ego itaque magis assentior eidem Card. Tuscho *Conclus. 639. n. 8.* ubi sic scribit. [Etiamsi fiat testamentum ad pias causas, prætеritio est nulla, seu, filii non possunt præteriri & exhæredari, ideo non valebit testamentum in quo filius est præteritus: & in eo casu filius detrahet legitimam, & totum restituet piæ causæ ab intestato.] Ratio autem reddi potest, quia Causa filiorum est etiam aliquo modo causa pia; certè secundùm Augustinum laudabiliter præfertur causæ piæ, ut habetur *can. fin. ca. 17. q. 4. Quicunque vult, exhæredato filio hæredem facere ecclesiam, quærat alterum qui suscipiat non Augustinum: imò Deo propitio nullum inveniet.*

CONTROVERSIA III.

Quomodo sint instituendi Parentes, aut Fratres.

SVMMARIVM.

An sit obligatio instituendi ascendentes. 422.
An Clericus, in quantùm potest ad causas profanas testari, obligetur instituere parentes. 423.
In qua portione sint instituendi. 424.
An instituendus avus, patre non existente, si tamen mater existat. 425.
An mater possit dicere nullum testamentum, si maritus in suo testamento fecit substitutionem pupillarem, quâ filio in pupillari ætate discessuro substituit extraneum. 426.
Quid Iure Bavarico. eod.
An habens fratres, non autem ascendentes, aut descendentes teneatur fratrem instituere. 427.
Quænam personæ hîc censeantur turpes. 428.
An testamentum fratris turpem personam instituentis, possit non solùm quoad legitimam, sed etiam quoad totam institutionem per querelam rescindi. 429. *& seqq.*
Cur non sufficiat filiis aliquid relinqui titulo legati. 432.
Intellectus legis 27. C. de inoff. test. 433.
An uxor pauper possit movere querelam inofficiosi, non relictâ illi quartâ parte debitâ. 434.

422. QUÆRITUR 1. An sit obligatio instituendi ascendentes. ℞. 1. Si quis insuper habeat descendentes, nulla est obligatio instituendi ascendentes: Nam, ut tract. præced. vidimus, ascendentes excluduntur à descendentibus ab intestati successione. ℞. 2. Nullis descendentibus exstantibus, parentes vel instituendi vel exhæredandi sunt, præteriti possunt testamentum dicere nullum. Nov. 115. c. 4. ibi. [Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo à rebus suis in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienos facere, nisi causas, quas enumeravimus, specialiter in suis testamentis nominaverint, vel descripserint. & §. 9. Si autem hæc omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum quantùm ad institutionem hæredum habere sancimus: sed rescisso testamento (*per declarationem nullitatis*) eis qui ab intestato ad hæreditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus: legatis videlicet, & aliis capitulis suam obtinentibus firmitatem.]

423. QUÆRITUR 2. An etiam Clericus, in quantùm potest ad causas profanas testari, obligetur instituere parentes. ℞. Non esse quidem hujusmodi obligationem, ut parentibus præteritis testamentum esset nullum (nisi consuetudo hoc introduxisset,) posse tamen parentes petere legitimam sibi dari ex bonis filii Clerici. Ità supponit *Covarr. in cap. Quia nos. n. 7.*

424. QUÆRITUR 3. In qua portione sint instituendi. Ad hoc respondet Card. de Lugo. *d. 24. s. 8. §. 2. n. 173.* quòd vivente utroque parente uterque instituendus sit in partibus æqualibus. Verùm hîc mihi videtur esse lapsus calami. Non enim tenetur filius instituere ascendentes aliter quàm ipse debet instituì ab ascendentibus, adeoque non nisi in legitima: sicut ergo parens potest descendentes instituere inæqualiter, modò cuivis competat legitima, & si minus legitimâ reliquit alicui, potest agi ad supplementum, persistente valore testamenti, ità & filius non aliter tenetur instituere ascendentes; ergo potest illos inæqualiter instituere. quæ omnia colliguntur ex dictâ Novella.

425. QUÆRITUR 3. Si existat Mater, & avus paternus, sed non pater, debétne institui etiam avus? ℞. Negativè, quia in ascendentibus non habet locum repræsentatio, sicut in descendentibus. Vno verbo, eo modo sunt instituendi ex obligatione, quo modo & ordine illis debetur legitima, & quo succederent ab intestato, sed non in toto illo, in qua succederent ab intestato. de qua successione actum est plenè in tr. 5. præcedentis tomi, & magis omnia constabunt ex dicendis de Legitima. Itaque deficientibus immediatis, patre & matre, instituendi sunt avus, avia. & sic de cæteris.

426. QUÆ-

416. QUÆRITUR 4. An possit Mater dicere nullum testamentum, si maritus in suo testamento fecit substitutionem pupillarem, quâ filio in pupillari ætate fortè discessuro substituit aliquem extraneum. ℟. Negativè, quia in hoc casu non debetur matri legitima, & non tam à filio, quàm à marito, qui testamentum fecit, præterita est. *l. 8. §. 5. ff de inoffic. testam.* ibi. *sed nec impuberis filii Mater testamentum inofficiosum dicit, quia pater ei hoc fecit.* Vnde inferunt DD. quòd in tali casu non debeatur Matri legitima. Neque video ex quo Theologico fundamento dixerit Gribaldus apud Manzium, quòd in foro conscientiæ etiam per expressam pupillarem mater non possit excludi à legitima: cùm enim de jure sit licita hujusmodi substitutio, non assequor, unde nascatur in hærede substituto obligatio in conscientia dandi Matri legitimam.

Jure Bavarico a. 13. attendendum est, & videndum, unde bona filio obtigerint, an à parente substituente, an aliunde. Nam in iis bonis quæ filius aliunde acquisivit, non potest parens auferre matri legitimam per ullam substitutionem. Quodsi à substituente obtigerunt supra legitimam, factâ substitutione pupillari, mater in illis post obitum filii nullam legitimam consequitur, sed substitutus in eo quod filius à patre extra legitimam accepit, matrem excludit. & hæc de ascendentibus. Nunc de fratribus.

417. QUÆRITUR ergo 5. Vtrum habens Fratres, non autem ascendentes aut descendentes, teneatur fratrem instituere, nec possit illum præterire. ℟. 1. Simpliciter loquendo potest fratrem præterire, nec ullâ lege Iustitiæ adstringitur ad aliquid illi relinquendum. ℟. 2. Quodsi tamen, fratre præterito, institueret personam turpem, v. g. concubinam, mimum, &c. posset frater, non quidem testamentum dicere nullum: sed per *querelam inofficiosi* rumpere testamentum, saltem usque ad legitimam. *l. 27. C. de inofficioso testam.* [Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentũ fratris aut sororis penitùs arceantur, consanguinei autem durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt, si scripti hæredes infamiæ vel turpitudinis, vel levis notæ maculâ aspergantur.] Ex qua lege constat, solis fratribus germanis & consanguineis hoc competere: quod notandum est contra opinionem quorundam, statim examinandam.

418. Censentur autem hujusmodi personæ turpes esse, quæ sunt infames, sive juris, sive facti infamiâ, viles, moribus improbis, ut ebriosi, bonorum dilapidatores, meretrices, concubinarij, mimi, lenones, filii præsbyterorum &c.

Dixi 1. Nullâ lege Iustitiæ teneri. Nam de lege Charitatis hîc non disputamus, sed consulendæ sunt regulæ traditæ in tract. de Charitate. Videat, qui volet Dianam *tomo 4. tract. 5. de casibus occurrentibus tempore mortis resol.* 124.

429. Dixi 2. *Saltem usque ad Legitimam.* nam gravis controversia est, an quoad totam institutionem possit per querelam rescindi.

Prima sententia affirmat in totum quoad institutionem rescindi. & hoc sine ulla limitatione, etiamsi fratri aliquid reliquerit, etiam titulo institutionis, quamvis totam legitimam, vel etiam plus. Ità Ant. Gomez *var. resol. to. 1. c. 11. n. 37. v. sextò intellige. Sichardus autem n. 9. v. imò addit.* saltèm si non totam legitimam reliquit.

Secunda sententia id ipsum affirmat, etiamsi aliquid reliquisset nomine legati, si eum non instituit. Si tamen eum instituit, sed minùs quàm in legitima, docet, posse agi ad supplementum. Ità quidem videtur sentire Iulius Clarus loco citato. sed reverâ tandem anceps hæret, nam relatis sententiis adjicit particulam; *Cogita.*

430. Tertia sententia, & meo judicio vera est, quæ docet, tunc solùm posse fratrem rumpere testamentum per querelam inofficiosi quoad institutionem turpis personæ, quando fratri nihil relictum est, ne quidem nomine legati. Si verò aliquid quocunque modo relictum est, tunc si adæquet legitimam, debere esse contentum, si minus, supplementum solummodo peti posse. Hanc sententiam fatetur Clarus esse communem & æquiorem. Eam tenet Grallus §. *testamentum. q. 46. n. 4.* qui dicit, quoad primum membrum omnes convenire: sed Card. Tuschus *litt. T. concl.* 127. videtur aliter sentire, ne tunc quidem testamentum rumpi totum, sed solum usque ad legitimam. Eandem sent. tenet Casp. Manzius q. 3. qui omnium accuratissimè hanc quæstionem discussit. eandem sententiam teste Afflicto, *decis.* 204. secutum est Consilium Neapolitanum. eandem tenet Suarez in notis ad Gomezii c. 11. *n.* 28.

Quoad primum membrum patet sufficienter Conclusio ex lege 27. jam antè recitata. ubi querela inofficiosi simpliciter conceditur fratri præterito, & personâ turpi institutâ: nec ulla mentio aut limitatio fit usque ad legitimam. Et in hoc etiam est peioris conditionis frater descendentibus & ascendentibus, quòd non possit *dicere nullum testamentum*, quod jus durat 30. annis, sed tantùm habeat *querelam*, quæ non durat ultra quinquennium.

431 Quoad secundum membrum probatur, & primò quidem quòd sufficeret, si saltèm titulo institutionis illi aliquid reliquisset, ex eo colligitur, quòd hoc sufficiat respectu filii, & ascendentium, ut præced. controversiâ vidimus: ergo à fortiori valebit respectu fratris, cui legitima non ità absolutè debetur sicut filiis & ascendentibus. & satis clarè habetur in *l. 30. C. de inoffic. testam,* generaliter de omnibus personis

loquen-

loquente. [Omnimodo testatorum voluntatibus prospicientes, magnam & innumerabilem occasionem subvertendæ eorum dispositionis amputare censemus: & in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subvertendis moveri solebat actio, certâ & statutâ lege tam mortuis consulere, quàm liberis eorum, vel NB. aliis personis, quibus eadem actio competere poterat: ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat verò his personis, quæ testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitimâ sibi relictum est, adimplendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere.]

Quòd autem sufficiat relictum esse titulo *Legati*, colligitur ex hac ipsa lege, quæ inter titulos non distinguit.

432. Dices. Cur ergo non idem in filiis sufficit, sed requiritur ut relinquatur titulo Institutionis, ut dictum est contr. præced. quæst. 8. ℞. Quia in filiis id specialiter correctum est in Novella 115. verbis ibidem relatis.

Leges, quas adversarii ex libb. Digestorum pro se adducunt, nihil probant, quia insistendum est legibus Codicis, ubi omnia jura anteriora contraria corriguntur.

433. Pro opinione Gomezii posset objici *lex 27. C. de inoff.* quæ indistinctè dicit, posse à fratre querelam *inofficiosi* moveri in casu turpis personæ institutæ, & non facit discrimen, an fuerit, vel non fuerit aliquid relictum. ℞. Legem loqui de casu, quo nihil relictum est, quia querela non convenit per se loquendo, nisi illi qui vel præteritus vel injustè exhæredatus est; & illa lex est ità intelligenda, ut conciliari possit cum legibus pro conclusione allatis, & satis est, quòd illâ lege probetur primum membrum Conclusionis.

Pro eadem opinione objici posset. Manente eâdem causâ motivâ debet manere idem effectus, sed causa motiva, ob quam leges dant fratri potestatem querelandi contra testamentum fratris, manet, etiamsi frater legitimam accipiat; ergo non tantùm legitima, sed tota hæreditas illi debetur. Minor probatur, causa motiva est odium turpis personæ, sed hoc semper manet, ℞. Hoc argumentum probaret, quòd deficientibus consanguineis fratribus, deberet hæreditas deferri uterinis, & his deficientibus, aliis habentibus jus succedendi ab intestato, quod tamen non fit, ergo signum est, quòd leges ex odio personæ turpis non voluerint ad ulteriorem pœnam procedere, ità ut nihil unquam ad personam institutam perveniret. Imò sunt aliqui casus, in quibus persona turpis ne quidem à fratre Germano excluditur aut impeditur à consecutione hæreditatis sibi relictæ, nempe si frater ingratitudinem commisit. &c.

434. QUÆRITUR 6. In casu quo conjugi pauperi competit jus accipiendi quartam partē ex hæreditate defuncti conjugis divitis, (de quo dictum in tract. de successione ab intestato) quæritur, inquam, an si ea portio non sit relicta in testamento, possit movere querela inofficiosi ad eam obtinendam. ℞. Negativè, sed potest eam consequi vel condictione *ex lege*, vel, ut opinatur Casparus Manzius, *q. 5. n. 9.* per extraordinariam bonorum possessionem, quæ toties competit, quoties ex lege nova, vel constitutione Principis, vel S. Cto. bonorum possessio defertur; cujus fit mentio in *§. 4. v. Novissimè Inst. de Bonor. possess.* ibi. [Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatûs Consulto, vel Constitutione comprehensum est; quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accomodavit, scilicet iis qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibúsve Principum, ex novo Iure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.]

Agunt hîc aliqui de obligatione libertorum instituendi patronos: quæ tamen quæstio hodie vel nullam vel exiguam utilitatem & usum habet, & si quem habet, in ea consuetudo potiùs, aut statuta locorum, quàm Ius Cæsareum, observanda sunt.

CONTROVERSIA IV.

Quomodo sint instituendi Posthumi.

SUMMARIUM.

Quid si testator expressè tempus mortis designavit: & qui putabatur nasciturus post mortem natus est vivo testatore, an censeatur præteritus. 446.

Quâ viâ possit occurri variis periculis, ne nepos præteritus rumpat testamentum. 447.

435. PRæmittendum 1. Quid in Iure nomine Posthumi intelligatur. Nempe non solùm ille, qui post mortem testatoris natus est, sed etiam ille, qui post factum testamentum nascitur, vivo testatore, vel jure civili per adoptionem fit filius: fingitur enim natus esse post factum testamentum.

Præmittendum 2. Posthumum alium dici *Suum*, alium *Alienum*, alium quasi posthumum. *Suus* dicitur, qui, si vivo testatore natus esset, in potestate, & in proximo gradu fuisset. §. 2. *J. de hæred. quæ ab intestato.* in fine. *Posthumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.* Hujusmodi non solùm est filius in utero matris existens dum parens moritur, aut qui natus est post factum testamentum, sed etiam Nepos, qui, sublato de familia filio vivente adhuc avo, post mortem deinde avi nascitur. Alienus posthumus ille dicitur, qui, si testamenti tempore natus fuisset, non fuisset in potestate patris, quia, v. g. natus est ex filio emancipato vivo. & à fortiore nepos ex fratre natus est posthumus alienus patrui, quia in ejus potestate nunquam esset.

436. Quasi posthumus ille vocatur, qui quidem natus est ante confectum testamentum, sed primùm post testamentum incipit esse suus §. 2. *Inst. de exhæred. lib.* [Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui hæredis locum succedendo, quasi adgnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce! si quis filium & ex eo nepotem, neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscuntur. Itaque hujusmodi nepos cùm natus est, non est suus hæres, quia tamen suus hæres fieri potest, sublato filio, dicitur esse natus *inter suos.* ut notat Perez. *h. t. Cod. n.* 1. His præmissis

437. Certum est, hodierno jure posse institui non solùm filium posthumum, sed etiam nepotem, non solùm suum, sed etiam alienum, *quidquid* sit, an antiquo Iure id fieri potuerit, ubi aliqui Juristæ, præsertim Duarenus, majori diligentiâ & subtilitate, quàm utilitate, plures quæstiones movent circa legem *Gallus* 29. *ff. de liberis & posthumis.* quæ est alicujus Iureconsulti & non alicujus legislatoris, ut probat Duarenus. Hic ergo JC. consilium dedit, quomodo posset Nepos utiliter institui, qui post mortem testatoris suus nasceretur: nempe sub hac formâ [Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, in quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, hæredes sunto.] Cui legi accessit lex Vellea, à Velleo lata (erat enim legislator) quâ providebatur, ut etiam nepos, qui post factum testamentum suus fieret, institui posset, ne alioquin in tali eventu rumperetur testamentum.

Verùm his juribus & subtilitatibus hodie non est opus immorari. Nam exstat jus novum, in §. 28. *Inst. de legatis. Posthumus autē alienus hæres institui & antè poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.* Servit autem hæc potestas instituendi ad hoc, ut impediatur per talem institutionem ruptio testamenti, quæ fieri posset per posthumi agnationem.

438. QUÆRITUR 1. An valeat institutio per verbum *Posthumi*, qui tamen, ignorante testatore natus est, antequam fieret testamentum. ℞. Affirmativè, & ità resolvitur in lege 25. §. 1. *ff. eod.* [Lucius Titius cùm suprema sua ordinaret in civitate, & haberet neptem ex filia prægnante, rure agente, scripsit id quod in utero haberet, ex parte hæredem: quæro, cùm ipsâ die, quâ Titius ordinaret testamentum in civitate, horâ diei sextâ, eodem die, albescente cœlo, rure sit enixa Mævia masculum, an institutio hæredis valeat, cùm, quo tempore scriberetur testamentum, jam editus esset partus. Paulus respondit, verba quidem testamenti ad eum pronepotem directa videri, qui post testamentum factum nasceretur: sed si, ut proponitur, eâdem die, quâ testamentum factum est, neptis testatoris, antequam testamentum scriberetur, enixa esset, licèt ignorante testatore, tamen institutionem jure factam videri, rectè responderi.]

439. QUÆRITUR 2. Et curiosiùs. Si quis instituat posthumum in singulari, & quidem in diversa quantitate, si sit mas aut fæmina, & deinde nascantur duæ proles, mas & fæmina, quomodo sit facienda divisio. Casus habetur *in lege* 13. *pr. ff. de lib. & post. Si ità scriptum sit.* Si filius mihi natus fuerit, ex besse hæres esto: ex reliqua parte uxor mea hæres esto: si verò filia mihi nata fuerit, ex triente hæres esto, ex reliqua parte uxor hæres esto. *& filius & filia nati essent.* Ratio dubitandi, an valeat institutio est, quia testator non cogitavit de hoc casu, quòd plures nascerentur. & quia non satis apparet, quomodo possit illius voluntati satisfieri. Nihilominus subtiliter ibidem respondetur. [Dicendum, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ità enim secundùm voluntatem testantis filius altero tanto ampliùs habebit quàm uxor: item uxor altero tanto quàm

filia

filia: licèt enim subtili juris regulæ conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cùm ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad hujusmodi sententiam, humanitate suggerente decursum est.]

440. QUÆRITUR 3. Cùm necessariò sint instituendi posthumi sui, *l. 3. ff. de injusto rupto.* utrum si non instituantur, neque exhæredentur (sicut jure novo exhæredari non possunt, cùm in eos non cadat ulla causa exhæredationis) testamentum ipso jure nullum sit statim ab initio, sicut diximus suprà nullum esse, si prætereatur jam natus. Affirmat Hunnius & alii sup. cit. Sed communior & juribus conformior est sententia, non esse ab initio nullum, sed agnatione posthumi rumpi, si quidem posthumus non moriatur ante testatorem. nam si ante illum moreretur, præteritione non vitiaretur testamentum, quia ab initio validum est: & hoc etiam interest, an dicatur ab initio nullum esse, vel primùm ex postfacto rumpi. Nam etsi dicatur, quòd rupto testamento res in eum statum deducatur, quo fuisset, si testamentum ab initio nullum fuisset, hoc tamen intelligendum est in casu quo posthumus natus fuerit, & supervixerit: nisi enim supervivat, non potest esse hæres, quia vivus non habet hæredem.

441. Probatur autem hæc opinio ex §. 1. *Inst. de exhæred. lib.* ibi. [Valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi, sive posthumæ rumpitur, & eâ ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus, aut posthuma sperabatur, abortum fecerit: nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam.] Secundùm adversarios autem esset impedimento, quia volunt testamentum ab initio nullum esse propterea, quòd præteritus sit ille, qui poterat vivus nasci. Et hoc est principale discrimen in præsenti controversia.

442. Probatur deinde ex lege. 2. *C. de bonor. possess. con. tab.* [Posthumo nato, qui neque hæres institutus à patre, neque nominatim exhæredatus est, testamentum rumpitur. Et, si contra tabulas bonorum possessio petita est, secundùm tabulas bonorum possessio locum habere non potest.] Unde infertur: ergo si bonorum possessio contra tabulas non peteretur, bonorum possessio secundùm tabulas locum haberet: ergo signum est quòd valeat testamentum.

443. Objiciunt adversarii primò textum Inst. jam suprà relatum & ponderatum, nempe §. 6. *J. de exhær. lib.* cùm enim Imperator præced. §. 5. retulisset, antiquitùs natos quidem constituisse testamentum nullum, si præteriti fuissent, non item posthumos, subjungit se simile jus non solùm in natis, sed etiam posthumis introduxisse, ut eundem habeant effectum, circa testamenta parentum suorum infirmanda. ℞. Cùm pro nostra sententia stet apertus aarundẽ Institutionum & ejusdem tituli textus, explicandum esse textum alterum, ut cohæreat, & dicendum, quòd Imperator solùm æquiparaverit, quoad utilitatem, & quantùm interest posthumorum esse æquiparatos cùm natis. non interest autem eorum, an testamentum fuerit ab initio nullum, vel postea rumpatur, sed solùm interest testatoris, illud ab initio valere, & deinde rumpi secutâ nativitate. Eodem modo responderi potest ad alium textum quem objiciunt ex *l. 4. C. de lib. posthum.* Aliter respondent alii, quos sequitur Manzius, & volunt, quòd Imperator utroque loco tantùm æquiparavit masculos cum fœminis, non autem posthumos cum natis. Ego tamen hac interpretatione ideo non utor, quia suprà ex hoc textu cum communi DD. probare conatus sum, sublatum esse etiam discrimen inter emancipatos & non emancipatos, & rejeci limitationem jam relatam.

444. Objiciunt deinde ex *Nov. 115. C. 3.* ubi dicitur, non licere liberos in testamento præterire, aut exhæredare, nisi fortè ingrati probentur, &c. Atqui in posthumos non cadit causa exhæredationis. ergo debent institui. atqui nulla ponitur ibi distinctio inter natos & posthumos. ℞. Illum textum de solis natis intelligendum, quia illi soli exhæredari possunt, & Imperator loquitur de illis, in quos potest causa aliqua ingratitudinis ibi recensita cadere.

Et quidem quòd hodie non possint infantes doli incapaces exhæredari, traditur *l. 33. §. 1. C. de inoff. testam.* ibi. [Cùm enim infantem suum non posse ingratum à matre sua vocari, scripsit (*Julius Paulus*) neque propter hoc ab ultima suæ matris hæreditate repelli, nisi hoc odio fecerit sui mariti, ex quo infans progenitus est, hoc iniquum judicantes penitus delendum sancimus.]

445. QUÆRITUR 4. Si quis instituisset suum posthumum, & deinde nasceretur eo adhuc vivo, an & hic institutus censeretur, adeoque non posset tanquam præteritus rumpere testamentum. ℞. In favorem ultimarum voluntatum affirmando. Nam in hunc videtur intentio testatoris directa fuisse: cur enim, quæso, mallet hunc hæredem, si mortuo, quàm si vivo testatore natus esset? Hoc extendit Mantica etiam ad eum quem postmodum adoptâsset. De qua extensione meritò dubitari posset, cùm de eo non videatur testator ullo modo cogitâsse. Sed hinc

446. QUÆRITUR 5. Quid si testator expressè tempus mortis designavit, scribendo: *Qui mihi post mortem meam natus fuerit filius hæres esto.* deinde verò, qui putabatur nasciturus post mortem, natus est adhuc vivo testatore: quæritur an censendus sit institutus, vel potiùs præteritus, ut rumpat testamentum? Ad hoc respondetur quidem *in lege 10. ff. de lib. posthum.*

testamentum rumpi. quia casus omissus habetur pro omisso. Sed standum est decisioni Novissimæ Justiniani *l. 4. C. eod.* ubi casus sic resolvitur,conformiter ad id quod præced. quæs. dixi. *Quidam cùm testamentum faciebat, his verbis usus est.* Si filius vel filia intra decem mensium spacium post mortem meam editi fuerint, hæredes sunto. *vel ità dixit.* filius vel filia qui intra decem menses proximos mortis meæ nascentur, hæredes sunto. [Jurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videantur non contineri testamento, & hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam decidentibus, cùm frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adjuvantes, ex neutra hujusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur: sed sive vivo testatore, sive post mortem ejus intra decem menses à morte testatoris numerandos, filius vel filia fuerint progeniti, maneat voluntas testatoris inmutilata, ne pœnam patiatur præteritionis, qui suos filios non prætertit.] Unde meritò hæc lex ità summata est in corpore glossato. *In ultimis voluntatibus casus omissus habetur pro expresso.* nempe si constet, quòd intentio etiam virtualiter fuerit directa in talem casum. Quia testator non censetur mentionem fecisse temporis mortis, tanquam causæ impulsivæ ad sic instituendum, sed potiùs ad indicandum, quòd non obstante hoc, quòd post suam mortem nascerentur,adhuc eos velit esse hæredes: ex quo utique infertur: ergo à fortiori si eo vivo nati essent, etiam eos instituisset.

447. QUÆRITUR 6. Cùm varii casus, & quidem non prævisi evenire possint, quibus nepos præteritus rumpat testamentum, quâ formâ compendiosâ possit omnibus hujusmodi periculis occurri: v. g. si filius institutus deportaretur,relicto nepote adhuc vivo testatore, nec tamen instituto seu substituto in defectum filii. Respondetur, hujusmodi formulam haberi in *l. 29. §. 13. & 14. ff. de lib. posthum.* & est hæc. *Si quis ex suis hæredibus suus hæres esse desierit, liberi ejus, &c. in locum suorum sui hæredes succedunto.*

Supersedeo referre plures casus, qui circa posthumos instituendos referri possent, & ad longum recensentur à Tuscho *litt. P. Concl. 683.* Qui omnes, si quidem aliquam utilitatem habere videntur, consentaneè ad ea quæ dicta sunt, resolvi possunt. Dixi. *Si quam utilitatem habeant*, nam in rei veritate plures, ut dixi, sunt prorsus metaphysici, & in praxi nullius momenti, quod etiam advertit Duarenus *in l. Gallus §. si ejus.* dicens, Iuris Interpretis esse, hujusmodi quæstiones magis subtiles quàm utiles, omittere.

CONTROVERSIA V.

Quænam in Exhæredatione Liberorum observanda sint.

SUMMARIUM.

Exhæredatio nominatim facienda. 448.
Est facienda purè, absque conditione. 449.
Facienda est ab universitate bonorum, & non à certa re. 450.
Facienda item ab omnibus institutis, nulli substituendo, & ab omnibus gradibus hæredum si gradus facti sunt. 451.
Ut valeat exhæredatio, debet hæres institutus adire hæreditatem. 452.
Jure novo facienda est ex causa legitima. 459.

UT Exhæredatio subsistat, nec Testamento præjudicet, plura requiruntur.

448. Primò,facienda est exhæredatio nominatim. *Inst. pr.* de exhæred. lib. ad quod sufficit ità descriptam esse personam, ut clarè constet de ea. Unde si quis unicum habeat filium, sufficiet titulo filii sui exhæredatum esse, etiamsi nomen adjectum non esset. Et quia hodie præteritio matris aut avi materni non amplius habetur pro exhæredatione, ideo hodie non sufficeret in horum testamento exhæredatum esse *inter cæteros*, sed etiam debet nominatim fieri.

449. Secundò,non est facienda sub conditione,sed purè. *l. 3. §. 1. ff. de lib. & posthum.* Quod quidem ità intelligendum est, ut tamen liceat filium, qui jure posset exhæredari, scribere hæredem sub conditione, & sub contraria conditione exhæredare, ut habetur *l. 4. C. de Instit.* [Si Pater filium quem in potestate habebat, sub conditione, quæ in ipsius potestate non erat, hæredem scripsit, nec in defectum ejus exhæredavit, jure testatus non videtur.]

450. Tertiò, facienda est ab universitate bonorum, sicut institutio, & non à certa re determinata, v. g. à fundo A. *l. 19. ff. de lib. & posthum.* ibi. *Quoniam nec fundi exhæres esse jussus rectè exhæredaretur.* Ratio desumitur ex definitione Exhæredationis, quæ est exclusio ab hæreditate: & quia alioquin aliquis à re certa exhæredatus, posset nihilominus esse hæres succedendo in universum jus.

Dices. Potest quis institui in re certa, ità ut detractâ rei certæ mentione intelligatur in omnibus bonis institutus, ut suprà traditum est: ergo poterit etiam exhæredatio hoc modo fieri. R. Negando paritatem. disparitas redditur in lege citata: quia institutio benignè accipienda est, exhæredationes autem non sunt adjuvandæ. Unde nec valeret exhæredatio etiam à parte hæreditatis, si in aliquo institutus esset, ut habetur in ea-

in eadem lege. *Cùm quidam filiam ex asse hæredem scripsisset, filióque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit*: & in cætera parte exhæres mihi erit: *& quæreretur, an rectè exhæredatus videretur? Scævola respondit: non videtur.*

451. Quartò, facienda est exhæredatio tam ab omnibus personis institutis (hoc est, ut nulli sit substitutus) quàm ab omnibus gradibus hæredum, si plures gradus facti sunt: si qnidem testamentum firmum esse debeat. de quo requisito plura scribit Ant. Perez. *n.* ix. v.g. si à primo gradu filius præteritus proponatur, exhæredatus à secundo, primus gradus habetur pro non scripto, propter præteritionem à qua vitiatur, & testamentum incipit à secundo gradu à quo filius est exhæredatus, *l.* 3. *eit.* §. *fin.* sin verò à primo gradu sit exhæredatus, præteritus à secundo, si à primo gradu hæreditas non adeatur, non poterit adiri à secundo gradu, cui ab initio inutiliter data est hæreditas. Plura de his non vacat dicere, cùm hujusmodi perplexæ exhæredationes non sint in usu, & potiùs reprobandæ quàm adjuvandæ sint.

452. Quintò, ut valeat Exhæredatio, necesse est in testamento hæredem aliquem institutum fuisse, & eum hæreditatem adiisse. Quodsi hæreditatem non adierit, redit res ad causam intestati, & quia tunc nihil eorum quæ scripta sunt in testamento, valet, ideo nec exhæredatio. Quapropter exhæredatus adibit hæreditatem petendo bonorum possessionem contra tabulas. *l.* 20. *ff. de bonor. poss. con. tab.* ibi. *Sed cùm exhæredatio non aditâ hæreditate ex testamento nullius sit momenti.*

453. Sextò, facienda est Iure novo ex causa legitima, hoc est legibus approbata; neque ampliùs sufficit quæcunque causa, ut olim, ne nimiùm indulgeatur morositati parentum & liberorum. neque jure novo incumbit ampliùs exhæredato, neganti se causam dedisse, probatio innocentiæ, sed nunc incumbit onus probandi hæredi scripto, & nisi eam probaverit, exhæredatio est nulla, & competit exhæredato querela inofficiosi, imò juxta superiùs dicta etiam Ius dicendi testamentum nullum. sufficeret tamen, si testator ante mortem sufficientibus probationibus prævenisset, & judici indicâsset. Quænam autem sint Causæ à Iure approbatæ, constabit ex Controv. sequente, ubi circa easdem alia dubia expedientur.

CONTROVERSIA VI.

Quibus ex causis valeat Exhæredatio.

SUMMARIUM.

Ex quibus causis possint exhæredari liberi. referuntur ex Nov. 115. c. 3. 460.
Referuntur ex c. 4. ejusd. Novellæ. *causa ob quas liceat liberis exhæredare parentes.* 461.
Referuntur causæ exhæredandi fratrem ex Nov. 22. c. 47.
An liceat extendere ad alias causas. 463. *& seqq.*
Occurritur argumentis adversariorum. 467. *& seqq.*
An talis causa sit, si filius sit proditor patriæ, aut reus læsæ. Majest. 469.
An: si filius sine consensu patris uxorem inhonestam ducret. 470.
An: si contra voluntatem parentum nuptiæ contrahantur. 471.
An: si filius cum inimicis parentum societatem inierit. 472.
An: si filius patrem infirmum non benè curet, &c. 473.
An reconciliatio cum exhæredante tollat exhæredationem factam, sed non revocatam. 474.
An tollatur exhæredatio per ingressum in Religionem ante mortem patris. 475.
An portio exhæredati accrescat reliquis libris. 476.
Subtilis consideratio Card. de Lugo. 477. 478.

454. QUÆRITUR 1. Ex quibus causis possint exhæredari liberi. R. Eas recenseri *Nov.* 115. c. 3. ità loquitur Imperator. [Sed quia causas ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas, & non apertè declaratas invenimus, quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt, aliquæ verò cùm essent dignæ, prætermissæ sunt, ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere, ut NB. præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus Constitutionis serie continentur.

Causas autem justas ingratitudinis has esse decernimus. 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. 2. Si gravem & inhonestam injuriam eis ingesserit. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quæ non sunt adversus Principem sive Rempublicam. 4. Si cum maleficis hominibus ut maleficus versatur. 5. Vel vitæ parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. 6. Si Novercæ suæ aut concubinæ patris filius sese immiscuerit. 7. Si delator contra parentes filius exstiterit, & per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. 8. Si quemlibet de prædictis parentibus inclusum esse contigerit, & liberi, qui possunt ab intestato ad

ejus successionem venire petiit ab eo, vel unus ex his in sua eum noluerit fidejussione suscipere, vel pro persona vel pro debito in quantùm esse, qui petitur, probatur idoneus. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes suos condere testamentum: ut, si quidem posteà facere potuerint testamentum, sit eis pro tali causa filium exhæredandi licentia. 10. Si præter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit, & in hac professione permanserit, nisi forsan parentes etiam ejusdem professionis fuerint. 11. Si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filiæ vel nepti maritum dari, & dotem secundùm vires substantiæ suæ pro ea præstare, illa non consenserit, sed luxoriosam degere vitam elegerit. Si verò usque ad 25. annorum ætatem pervenerit filia, & parentes distulerunt eam marito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen conjungere, hoc ad ingratitudinem filiæ noluimus imputari: quia non suâ culpâ, sed parentum id commisisse cognoscitur. 12. Si quis de prædictis parentibus furiosus fuerit, & ejus liberi, vel quidam ex his, aut liberis ei non existentibus, alii ejus cognati, qui ab intestato ad ejus hæreditatem vocantur, obsequium ei & curam competentem non præbuerint: si quidem à tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos, ingratum vel ingratos, in suo scribere testamento. Si autem aliquo furoris morbo detentum extraneus aliquis viderit à suis neglectum liberis vel cognatis, aut aliis ab eo scriptis hæredibus, & pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam, attestationem ad eos scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem post hujusmodi attestationem neglexerint, & extraneus in suam domum furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitæ ipsius procurâsse monstratus fuerit, eum qui obsequium ac diligentiam furioso exhibuit, ad ejus successionem venire decernimus, evacuatâ institutione eorum &c. ità tamen ut cætera testamenti capitula in sua maneant firmitate. 13. Si unum de prædictis parentibus in captivitate detineri contigerit, & ejus liberi sive omnes, sive unus non festinaverint eum redimere, si quidem valuerit calamitatem captivitatis evadere, in ejus sit potestate, utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere. Si autem per liberorum negligentiam vel contemptum non fuerit liberatus, & in captivitate decesserit, illos ad successionem ejus venire non patimur, quia non festinaverunt ejus redemptionem citiùs procurare. Sed omnibus liberis in hoc negligentibus res universas ab eodem relictas, Ecclesiæ civitatis ex qua oritur applicari &c. ità ut quidquid exinde ad Ecclesiam pervenerit, captivorum redemptioni proficiat, &c. Sed universaliter jubemus, ut si ille qui in captivitate detentus fuerit, liberos non habuerit, & aliis qui ad ejus hæreditatem vocati sunt, eum redimere non festinantibus, in captivitate defunctus fuerit, nullus ex illis ad hæreditatem perveniat, &c. Hanc autem pœnam contra illos valere jubemus, qui octavum & decimum suæ ætatis annum compleverint. 14. Si qui de prædictis parentibus orthodoxis constitutus senserit suum filium vel liberos non esse Catholicæ fidei, nec in Sacrosanctâ Ecclesia communicare, in qua omnes Beatissimi Patriarchæ unâ conspiratione & concordiâ fidem rectissimam prædicant, & Sanctas quatuor Synodos, Nicænam, Constantinopolitanam, Ephesinam primam, & Chalcedonensem, amplecti seu recitare noscuntur. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, & scripti hæredes nominatam, vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus.] Hæc Imperator. & quæ subjunguntur, jam superiùs aliâ occasione relata sunt. Et hæ sunt causæ quatuordecim assignatæ ab Imperatore, ob quas licet exhæredare liberos. An autem hæc licentia possit ad alias causas æquivalentes extendi, infrà resolvetur.

455. Causæ verò, ob quas licet liberis exhæredare parentes, sunt octo, & referuntur eâdem Nov. c. 4. 1. [Si parentes ad interitum vitæ liberos suos tradiderint, citra causam tamen quæ ad Majestatem pertinere cognoscitur. 2. Si venenis aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitæ insidiati probabuntur. 3. Si pater nurui suæ aut concubinæ filii sui se immiscuerit. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus in quibus habent testandi licentiam: omnibus videlicet in hujusmodi testamentorum prohibitione servandis, quæ in parentum persona distinximus. Si contigerit autem virum uxori suæ ad interitum aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitæ alterius insidiari, tale quidem utpote publicum crimen constitutum secundùm leges examinari, & vindictam legitimam promereri decernimus. liberis autem esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personæ relinquere, quæ tale scelus noscitur commisisse. 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto, parentes eos curare neglexerint: omnia & hîc observari præcipimus, quæ de parentibus furiosis superiùs disposuimus. 7. His casibus etiam cladem captivitatis adjungimus, quâ si liberos detineri, & per parentum contemptum vel negligentiam non redemptos ab hac luce transire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates perveniant liberorum, de quibus filii testari potuerant. Sed omnia in hoc quoque capitulo serventur,

ventur, quæ & de parentibus vel cognatis atque agnatis, qui ab intestato ad talium personarum jura vocantur, aut de extraneis scriptis hæredibus suprà censuimus. 8. Si quis de prædictis liberis orthodoxis constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse Catholicæ fidei, hæc & in eorum persona tenere, quæ suprà de parentibus jussimus.]

462. Causæ exhæredandi fratrem in casu quo turpis persona instituta est, ponuntur in Novella 22. c. 47. his verbis. [Illũ solum tanquam ingratum circa fratrem effectum participari hoc lucrũ non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiæ ei properavit inferre jacturam: ejus enim portio tam ad reliquos fratres, quàm ad matrem veniat.]

463. QUÆRITUR jam 1. An liceat hanc exhæredandi licentiam extendere ad alias causas ingratitudinis æquè graves, quàm quæ sunt enumeratæ. Affirmat valde communia sententia Iurisftarum, ita ut Fachineus *l. 6. c. 78.* dicat, omnes fateri esse receptissimam, quam & ipse sequitur. Ex Theologis subscribit P. Gab. Vasquez de testam. *c. 6. §. 3. n. 65.* sed auctoritate Gomezii & Covartuviæ ductus.

Negativam tenent Antonius Perez *de liberis præter. n. 18.* citans etiam Viglium & Connanum. Ex Theologis eam tenent Molina *d. 170. à n. 47.* cui paucis verbis subscribit Lugo. ab iisdem citatur Hostiensis & Alexander.

464. Respondeo, & dico, seclusâ auctoritate & stando in puncto juris, negativam esse verissimam. Non probo illam argumento, quod magni facit Molina, & eodem utuntur cæteri, nempe quia odia sunt restringenda, & leges pœnales non sunt extendendæ: atqui lex dans facultatem in certis causis exhæredandi est pœnalis: ergo non extendenda ultra verba legis. Adversarii enim possunt, meo judicio, speciosè negare, ac de facto negat minorem VVurmserus *lib. 2. tit. 13. contr. 1.* dicendo: quin imò odiosum non est, sed justum & favorabile, ingratum filium ab hæreditate excludi: id verò odiosissimum est, patrem cogi, ut impio filio & indigno bona sua derelinquere coactus sit. Itaque censeo esse potiùs favore parentum inductam, quàm odio filiorum: nam si odio delictorum esset hæc lex constituta, cur præcisè causæ Ingratitudinis, & non alia delicta enumerarentur? cur præcisè daretur licentia exhæredandi, & non potiùs adimeretur potestas instituendi? huic ergo probationi non multùm tribuo, quamvis non negem esse has leges etiam pœnales, ut habetur eodem loco Novellæ cit. §. *Et hæc quidem.*

465. Probo ergo Conclusionem meliùs cum iisdem AA. ex verbis Imperatoris ab initio relatis: *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur.* Respondet VVurmserus, & ante eum Emanuel à Costa, quòd hæc dicantur à Justiniano oppositivè ad causas ingratitudinis leviores. nam olim ex aliis legibus etiam leviores causæ opponi poterant. Verùm hæc est interpretatio contra mentem Legislatoris: dixerat enim, in anterioribus legibus omissas esse aliquas causas dignas exhæredatione, & eas se adducturum spondet, atque esse necessarium, eas adducere. si ergo non omnes adduxit, ut volunt Adversarii, non adimplevit id, quod agnovit esse necessarium.

466. Confirmatur. Nam, ut optimè notat Perez, si ob alias non expressas causas, exhæredatio fieri potest secundùm Imperatoris intentionem, quid opus fuit speciali tam multarum causarum enumeratione? aut cur Imperator conqueritur, ab antiquis graviores causas omissas esse? Profectò posset antiquitas illi respondere: etiam tu omittis multas, & quidem, ut putat Gothofredus innumerabiles: quid ergo absurdi, nos etiam aliquas omisisse? satis est aliquas recitâsse, quarum exemplo possis de aliis æquè gravibus vel etiam gravioribus judicari. Ità inquam responderent.

467. Objiciunt Adversarii 1. Ubi eadem est ratio, debet esse eadem juris dispositio, & ubi par aut major delicti qualitas, eadem pœna est imponenda: ne paria maneant minùs punita. ℞. Hæc vera esse, quando pœnæ sunt arbitrariæ, non item quando certa pœna est à legislatore definita certis delictis, relictâ potestate puniendi graviora vel paria delicta aliis pœnis æqualibus. Quòd autem in præsenti causâ voluerit Imperator pœnam certam certis delictis præscribere, patet inde, quia voluit obviare altercationibus circa causas exhæredandi: atqui non obviâsset, si adhuc liberum esset altercari circa causas non expressas: hujusmodi altercationes excitârunt nostri Adversarii, quas postea referam.

468. Objiciunt 2. Ex lege dicitur esse, non solùm quod verbis legis continetur, sed etiam quod per interpretationem duce ratione ex lege colligitur: & non possunt omnes articuli legibus aut SCtis comprehendi: sed cùm in aliqua causa sententia earum manifesta est, is qui Iurisdictioni præest, ad similia procedere jùsque dicere debet. ℞. Aliud est, legem interpretari, & aliud legem velle extendere contra prohibitionem legis, ut faciunt adversarii, & patebit ex dicendis. Si enim hoc fieri posse voluisset Imperator, utique addidisset (prout addidit in feudalibus) exhæredationem ex causis æquè gravibus fieri posse: quod si addidisset, planè non truncâsset occasiones altercationum, sed novam ansam præbuisset, cùm tamen ad eas truncandas certas causas definiverit.

Videamus nunc, quas causas in specie velent Adversarii sufficere ad exhæredationem, & apparebit eorundem inter se, & cum aliis altercatio

catio. Dixit quidem Gothofredus, esse innumerabiles: sed hactenus ne unam quidem potuerunt ponere extra controversiam.

469. Primam ergo dicunt esse, si filius sit proditor patriæ, aut reus Majestatis existat. Ità Julius Clarus. *q.* 41. *n.* 2. Sed hanc causam meritò rejicit Ant. Perez, nam hæc delicta, quibus Respublica directè læditur, non privatis sed publicis pœnis plectuntur. Et sanè potestas exhæredandi est ab Imperatore specialiter & expresse annexa causis ingratitudinis erga parentes, qualis non continetur in proditione patriæ aut læsione Majestatis. Præterea, cùm hujusmodi delinquentium bona fisco cedant, non est credibile, quòd Imperator vellet fisco præjudicari posse exhæredatione: quod tamen fieret, si ea valeret ex tali causa, quia hæreditatem acciperet hæres scriptus: econtra si exhæredatio non valeat, ea fisco adjudicabitur, quam alioquin acciperet hæres ab intestato.

470. Secundam causam putant futuram, si filius sine consensu patris uxorem inhonestam duceret, casu quo pater voluisset illi de honesto matrimonio providere. hoc enim esset patri indecorum, & sic ad speciem ingratitudinis pertinet. Fateor hanc causam esse ejusmodi, ut potuisset ab Imperatore cæteris adnumerari: nam Iure Bavarico in specie adnumeratur *tit.* 35. *a.* 2. & 40. *a.* 9. Verùm, hanc causam non admittit ex Adversariis ipsis Suarez *commun. opin. litt. E. n.* 207. nec Covarruvias *de matr. p.* 2. *c.* 3. §. 8. *n.* 5. & eandem cæteri Canonistæ, ac multò magis Theologi rejicerent, quia matrimonia debent esse libera, cui libertati magis favendum est, quàm ut exhæredationis pœnâ impediatur. Et sanè apud Theologos certum est, posse quem ex laudabili fine ducere personam turpem, v. g. ut eam ad frugem reducat: & vel hoc satis laudabile est, quòd malit cum persona turpi vivere in matrimonio, quàm absque matrimonio cum ea turpiter vivere.

471. Tertiam causam adducunt aliqui, si quis liberorum contra parentis voluntatem nuptias contrahat. Sed hanc causam communis DD. etiam ex Adversariis improbat, inter quos est Julius Clarus *q.* 41. *v. sed quidsi.* VVurmserus Covarru. Grassus & alii. Ratio est desumenda iterum ex libertate matrimonii, ob quam Trid. Concilium non vult requiri consensum parentum. Ità habetur etiam Iure Bavarico, modò nuptiæ sint honestæ, tametsi cum personis inferioris conditionis, quo casu parentes non tenentur dotare, tenentur tamen instituere in legitima.

472. Quartam causam assignant aliqui, si filius cum inimicis parentum societatem iniverit vel amicitiam contraxerit. Probant ex Iure feudali: nam si vasallus se associaverit inimicis sui Domini, feudum amittit. *c.* 1. *pr. quot sint testes nec. ad prob. feud. ingr.* atqui feudum iisdem modis amittitur, quibus fieri potest exhæredatio, donationis revocatio, & matrimonii dissolutio. Ità est, sed non valet econverso: quòd liceat exhæredare ex omnibus causis, quibus feudum amittitur. Probant deinde ex lege 28. §. *f. C. de inofficioso testamento.* ubi dicitur, matri non competere querelam inofficiosi, si inimicis filii suas amicitias copulaverit, atque in aliis sic versata sit, ut inimica ejus potiùs, quàm mater crederetur. ℞. Hanc esse unam ex causis antiquis, quas pro nimis levibus reputavit Imperator, & ideo prætermisit.

473. Quintam addunt aliqui: si filius patrem infirmum non benè curat, vel non ad perfectionem, aut, quia medicum quem habere potuit, non conduxit, vel non conduxit bonum, cùm potuisset habere meliorem. ℞. Hanc quidem esse ingratitudinem, si ex malitia fiat, quod difficulter probari poterit, sed non accedere ad gravitatem, qualis est, insidias vitæ positivas struxisse. Cùm ergo etiam adversarii fateantur, quòd debeant esse ejusdem gravitatis cum assignatis, non potest hæc causa tanquam sufficiens assignari.

474. QUÆRITUR 2. Utrum reconciliatio cum exhæredante tollat exhæredationem factam, sed non expressè revocatam, & impediat faciendam. Quòd impediat faciendam, conveniunt Theologi cum Juristis. Quòd autem tollat factam, sed non revocatam, est dissensio. Affirmat Card. de Lugo *n.* 167. & pro se citat Vasquez & Molinam. Vasquez non satis se resolvit, sed dubius hæret. Molina nullo modo dicit, exhæredationem per ipsam reconciliationem aboleri, ut mox dicam. Juristæ communiùs dicunt eam non aboleri. Ratio est, quia si aboleretur, redderetur testamentum ipso facto nullum: nam filius nec esset institutus hæres, nec exhæredatus: ergo præteritus: atqui non videtur esse ad mentem testatoris, per reconciliationem fieri nullum testamentum, neque sufficit tacita revocatio, ut testamentum sit nullum. Hanc rationem approbat Molina *d.* 176. *n.* 56. & ideo mediam viam ingreditur cum Emanuele à Costa, nempe exhæredationem non ità aboleri, ut ab exhæredato possit testamentum dici nullum: & hoc satis colligitur ex lege 23. *ff. de lib. & post. Filio quem pater post emancipationem à se factam iterum adrogavit, exhæredationem antè scriptam nocere dixi.* Nihilominus cùm per reconciliationem causa exhæredationis aboleatur, quia ingratitudo remittitur, ità ut propter eam non possit in novo testamento exhæredari, competet exhæredato non quidem jus dicendi nullum testamentum, sed querela inofficiosi: nam causa exhæredandi non ampliùs subsistit.

Ego, juxta superiùs dicta putarem & hîc dicendum, quòd si causa exhæredationis esset civiliter sublata, (ut volunt isti AA.) testamentum

tum foret nullum, & posset nullum dici, quia reduceretur in eum statum à quo incipere non posset, & quia inter parentes & liberos querela inofficiosi vel est omnino sublata, vel non necessaria, quia testamentum est nullum, si exhæredatio fiat causâ non subsistente. Nihilominus absolutè censeo testamentum subsistere, & ne quidem per querelam posse rescindi, prout tenent Juristæ, & in specie Ant. Perez. Ratio est, quia Reconciliatio non invertit condemnationem ad pœnam, aut jus jam alteri quæsitum. Et hanc sententiam amplectitur Jus Bavaricum *tit. 35. a. 3. in f.* ubi dicitur, tunc solùm per reconciliationem tolli exhæredationem priùs factam, si testator novum testamentum faciat, vel testamentum factum legitimè revocet: modum autem revocandi suprà retuli.

475. QUÆRITUR 3. Si exhæredatus ingrediatur monasterium ante mortem patris, an tollatur exhæredatio, & testamentum reddatur nullum. Respondendum est Affirmativè. Probatur ex *can. fin. ca. 19. q. 3. Non liceat parentibus liberos, vel liberis parentes ab hæreditate repellere monachos factos: quamvis dum Laici fuerant, in causam ingratitudinis inciderint.* Gratianus compilator Decreti dicit hunc Canonem esse desumptum ex Novella 123. Gratianum falsi arguunt quidam, ut Alciatus & Valduinus apud Covarruviam, quòd nempe non extset in Novella ille textus. Et quidem in aliquibus Codicibus non reperitur. Molinæ etiam exemplar debuit illo textu caruisse, dum dicit Gratianum, virum doctissimum summæque auctoritatis, nunquam corpori Iuris insertum fuisse, si eam non reperisset in Novellis. Lugo secutus Molinam sic scribit. *Licèt constitutio illa in corpore Iuris civilis non reperiatur, non tamen præsumi potest conficta à Gratiano viro doctissimo.* addit tamen: *sed ut verum fatear, adhuc multùm dubito de illius Novellæ auctoritate.* Ego verò de ea dubitare non possum, nam in meis exemplaribus reperitur, non quidem capite quinquagesimo nono (prout citatur in Jure Canonico,) nam illa Novella non habet nisi quadraginta quatuor capita, sed capite quadragesimo primo, cujus hæc sunt verba. *Nullam verò licentiam damus aut parentibus filios, aut filiis parentes sæcularem vitam sectantes & relinquentes velut ingratos à sua excludere hæreditate, Monasterium, aut Monasticam vitam subsecutos.* Quin Cujacius lib. 12. obser. 26. in f. ait, in Iuliano reperiri illa verba formalia Gratiani, sed non citat Novellam 115. (prout eam citat Manzius.) c. 52. & illam editionem, in qua Nov. 115. habeat plura capita quàm sex, ego videre non potui: erit fortassis error calami vel Typographi.

476. QUÆRITUR 4. An, si exhæredans habeat plures liberos, portio exhæredati accrescat cæteris liberis. Videntur aliqui universim negare. Unde, si pater haberet sex filios, (cui numero debetur semis, seu media pars assis, hoc est 6. unciæ,) & duos exhæredaret, reliquis quatuor non deberentur 6. unciæ, sed tantùm quatuor, seu triens, tertia pars bonorum, quæ est legitima illius numeri, ut dicemus c. seq. Fundant se in eo, quòd exhæredatus habeatur pro mortuo. atqui si duo essent mortui, reliquis quatuor tantùm deberetur triens: ergo non plus debetur, duobus exhæredatis. Hanc sententiam tribuit Lugo Gomezio & Vasquez. Verùm hi non loquuntur in ea universalitate, quâ eos accipit & impugnat Lugo, ut ostendam suo loco, *cap. sep. contr. 3.* Impugnat autem Lugo hanc sententiam sequentibus argumentis.

477. Primò. Posset contingere casus in quo ex doctrina illa contradictio sequeretur. Ponamus, quòd pater habeat quatuor filios, quorum tres exhæredet: quæro: si hæreditas constet 1200 fl. quantùm debeatur filio residuo? si dicas nihil illi accrescere: ergo, cùm non deberentur illi nisi 100. si nullus esset exhæredatus (deberentur enim illis simul solùm 400.) etiam tantùm debebuntur centum, si tres sint exhæredati. Atqui hoc est contra suum fundamentum. Si enim tres exhæredati habendi sunt pro mortuis, ut tu vis, sequitur, quòd residuo filio debeantur 400. quia totum id deberetur, quod deberetur, si tres essent mortui; tunc autem deberetur triens. Ergo jam illi accresceret portio exhæredatorum: ergo accresceret, & non accresceret: & ex eo ipso fundamento, ex quo in priore casu deducitur non accrescere, in hoc casu deduceretur accrescere, ut consideranti patet. Hoc tamen argumentum non impugnat Gomezium nā ut infrà citabo, ille solùm negat accrescere in casu quo per exhæredationem minueretur numerus, & ex quinario reduceretur ad minorem. Disparitatem autem dabimus loco citato.

478. Præterea sic arguitur Lugo. si doctrina Gomezii vera esset, sequeretur posse contingere casum, quo filiis innocentibus non solùm nihil accresceret, sed, quod intolerabile est, etiam multùm decresceret per exhæredationem unius. Ponamus substantiam assis esse 1200. si filii sint quinque, debetur illis semis: 600. & singuli acciperent 120. si jam unus exhæredetur, & habendus sit pro mortuo, reliquis quatuor tantùm debebuntur 400. nempe triens: ergo singulis tantùm accipient centum; ergo singulis decrescent 20. per exhæredationem quinti, quia, ut dixi, si non esset exhæredatus, singuli accepissent 120. ergo meliùs dicitur, quòd illis quatuor accrescant 120. fratris exhæredati, & singuli accipient 150. quæ summa quadruplicata facit semissem, nempe 600. Hoc argumentum petit quidem doctrinam Gomezii, sed ea est communissima & vera, ut dicemus, & argumento solutionem adhibebimus cap. seq. Contr. 3. quo hæc intricata quæstio spectat, & cum majore distinctione resolvenda est.

(I. H. S.)

CAPVT VIII.

DE LEGITIMA, ET BONORVM COLLATIONE.

CONTROVERSIA I.

An legitima sit pars Hereditatis, an Bonorum.

SVMMARIVM.

Legitimæ definitio. 479.
An legitima sit pars hæreditatis, an pars bonorum. 480.
Quid veniat nomine bonorum. 481.
Hæreditas potest sumi materialiter & formaliter. 482.
Occurritur objectionibus. 483. 484.
An filius possit abstinere ab hæreditate, eámque repudiare, & tamen consequi legitimam. 485.
Patronus potest retentâ portione sibi debitâ relinquere hæreditatem substituto. 486.
Legitima est æs alienum. eod.

479. LEgitima definitur: Quota seu certa portio legibus definita, illius, quod quis ab intestato habiturus esset jure legitimæ successionis. Non est ergo totum illud, quod quis ab intestato consecutus esset, sed portio legibus constituta, in qua quis necessariò est hæres instituendus, ut suprà dictum. Non est enim necesse, ut liberi in tota substantia instituantur; nimis enim durum esset, tollere testatori omnem liberam potestatem etiam de aliis post mortem benè merendi. Quare si liberis portionem à Iure definitam reliquerit, poterit de reliqua substantia aliter disponere, eámque aliis sive titulo hæredis, sive titulo legati, aut fideicommissi, aut donationis causâ mortis relinquere, salvo jure Falcidiæ aut Trebellianicæ, de quo dicetur seq. tractatu.

480. QUÆRITUR 1. Vtrum legitima sit Pars Hæreditatis, an Pars Bonorum. Vtilitas hujus quæstionis postea constabit. Esse partem Hæreditatis affirmat Treutlerus *vol. 1. d. 13. th. 12.* & Henricus Zæsius *de acquirenda vel omitt. hæred. n. 63.* Communis tamen & vera sententia est, esse Partem Bonorum. Probatur 1. ex lege *6. C. de inoff. testam.* ubi expressè ità vocatur. *Cùm quæritur, an filii de inofficiosi patris testamento possint dicere: si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.* circa quæ verba acutè notat Hunnius, quòd dicatur, tempus mortis in legitima inspici, adeoque nec augmenta, nec decrementa hæreditatis ei prodesse vel obesse: atqui secus se haberet res, si legitima esset quota hæreditatis. Et hæc est una utilitas hujus quæstionis.

481. Probatur 2. Bonorum nomine veniunt illa, quæ remanent deducto ære alieno. hæreditatis verò nomine omnia comprehenduntur, nempe cumulus omnium relictorum post mortem, quantumvis obnoxia sint creditoribus. *l. 39. §. 1. ff. de V. S. Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt.* Atqui legitima debetur ex illis bonis, quæ supersunt deducto ære alieno, libertatibus & funeris expensis. *l. 8. §. 9. ff. de inoff. testam. Quarta autem accipietur deducto ære alieno, & funeris impensâ.* quæ tamen omnia includuntur in hæreditate l. 119. ff. de V. S. *Hæreditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hæreditatem.*

482. Pro solutione argumentorum observo, *Hæreditatem* posse sumi materialiter, & formaliter. Materialiter sumitur, quatenus omnia comprehendit, & per consequens quidquid est pars bonorum, est etiam pars hæreditatis, nam bona sunt pars hæreditatis materialiter sumptæ: atqui quod est pars partis, est etiam pars totius. Formaliter autem Hæreditas sumitur, prout formaliter opponitur illis bonis, quæ carent omni gravamine & onere. hoc posito,

483. Objiciunt 1. Quidquid relinquitur & relinquendum est titulo institutionis, illud est quota hæreditatis: atqui titulo institutionis, debet relinqui legitima, & non sufficeret si relinqueretur titulo legati, ut suprà dictum est: ergo legitima

legitima est pars hæreditatis. ℞. Distinguendo majorem & consequentiam: est pars hæreditatis materialiter considerata, concedo; formaliter consideratæ nego. Hæc mea responsio ipsa non est diversa ab illa quam ex Fabro dat Hunnius, & est hæc, quòd nempe institutus in legitima sit quidem hæres qnoad titulum, ratione tamen onerum pro legatario habeatur.

484. Objiciunt 2. legem *patronus* 38. *ff. de legatis* 2. ubi ajunt caveri, quòd institutus in quota hæreditatis. Hanc legem eodem modo ex Hunnio citat Manzius *tit.* 13. *q.* 61. *n.* 5. sed nullam talem legem invenio in illo titulo: exstat quidem in tit. de legatis 3. lex *Patronus* 35. sed nec apicem continet, qui huc faciat. Verùm; quæcunque lex sit, quæ id dicat, respondet Hunnius & ex eo Manzius, id non esse universale, nec procedere in ea legitima, quæ filio ex testamento patris debetur, & ad exclndendam inofficiosi querelam comparata est, de hac enim aliud cautum est in Constit: *l.* 6. *C. cit. tit. de inoff. test.*

485. QUÆRITUR jam 2. An filius possit abstinere ab hæreditate, eámque repudiare, & tamen consequi legitimam. Negant iidem Auctores ex suo falso principio, quòd legitima sit pars hæreditatis. Imò aliqui etiam ex illis, qui sentiunt esse partem bonorum, adhuc tamen negativam tenent, quos refert & sequitur Grassus. §. *de legitima q.* 1. Affirmandum tamen est cum cæteris. & quidem Hunnius duobus diversis locis quæstionem hanc tractat. *vol.* 1. *d.* 13. *th.* 16. & *vol.* 2. *d.* 12. *th* 3. Probatur imprimis ex principio jam probato. Legitima est pars bonorum: ergo qui renuntiat hæreditati, non hoc ipso censetur renuntiare legitimæ. Itaque si quis filius esset institutus hæres sub conditione potestativa, quæ tamen ipsi non esset grata, ità ut mallet carere hæreditate, quàm illam implere, posset repudiare hæreditatem, & petere legitimam *conditione ex lege*, ut suprà dictum est: quia legitima sine onere relinqnenda est. & hæc est altera utilitas quæstionis in titulo positæ.

486. Probatur 2. à paritate patroni, qui potest substituto relinquere hæreditatem à liberto relictam, retentâ portione sibi debitâ. *l.* 41. *ff. de bonis libert.* ibi. *Si substitutum habebit, acceptâ debitâ portione cætera pars ad substitutum perveniet.*

Probatur 3. Legitima dicitur deberi tanquam æs alienum & naturæ debitum, ut habetur in præfat. *Nov.* 1. §. 2. atqui creditor à debitore hæres institutus, potest repudiare hæreditatem & tamen exigere debitum, ut habetur *l.* 5. *C. de hæredit. actionibus.* Ergo &c.

CONTROVERSIA II.

Quibusnam Personis debeatur legitima.

SUMMARIUM.

Quibus liberis debeatur legitima. 487.
Deficientibus filiis & filiabus debetur nepotibus. 488.
Quid si filia renuntiâsset hæreditati paternæ. eod.
Quid si fæminæ per statutum municipale excludantur. eod.
Quid si filia cum juramento renuntiavit acceptâ dote. 489.
Secundò debetur legitima ascendentibus. 490.
An, si statutum excluderet matrem à successione, etiam excluderet à legitima. eod.
Tertiò debetur legitima fratribus in certo casu. 491.

QUæ hactenus de legitima debita tum in hoc tum in præced. tract. dicta sunt, & probata, juribus semper adductis, & ideo non repetendis, nunc uno sub titulo brevi compendio colligenda.

487. Debetur ergo imprimis Legitima liberis, non solùm masculis sed etiam fæminis, non solùm in potestate constitutis, sed etiam emancipatis: etiam illis, qui religionem ingressi sunt capacem bonorum & successionis, nisi Renuntiatio præcedat: non tantùm naturalibus & legitimis simul, sed etiam legitimis tantùm, id est adoptatis ab ascendente, vel arrogatis, adeo ut pater adoptivus non possit hanc legitimam minuere, sive filius sit adoptatus antequam adoptans haberet naturales, sive pòst: unde filius adoptatus habet jus revocandi ea quæ in præjudicium suæ legitimæ alienata sunt. *l. fin. ff. si quid in fraud.* ibi in f. *Si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.* non tantùm legitimè natis, sed etiam postea legitimatis. Illegitimis, nec legitimatis naturalibus (non item canonicè spuriis, hoc est ex damnato coïtu natis) debetur legitima à matre, non tamen à patre, adeo quidem, ut quorundam opinione etiamsi pater illegitimos in testamento excluderet ab illa patre, quam alioquin ab intestato consequerentur, non haberent querelam inofficiosi: sed hoc meo judicio veriùs negat Hunnius *lo. cit. th.* 14. possent enim petere sextantem tanquam legitimam sibi debitam in casu non existentium legitimorum & legitimæ conjugis.

488. Deficientibus filiis & filiabus debetur legitima Nepotibus, in locum parentum succedentibus, & sic deinceps. non item (in mea quidem sententia) si parentes fuissent legitimè exhæredati, ut suprà probatum.

Si filia renuntiâsset, terminis generalibus, hæreditati paternæ, non factâ expressâ mentione le-

ne legitimæ, non prohiberetur petere legitimam, quia, ut præced. enttnv. dictum est, legitima non est pars hæreditatis formaliter sumptæ, sed est pars bonorum, & instar æris alieni.

Quodsi fœminæ per statutum municipale excluduntur à successione in favorem masculorum, non possunt legitimam petere, si decentem dotem acceperunt. quæ est communior sententia contra Grassum §. *legitima q. 3. n. 6.* Ratio est, quia generalis regula est, ut qui excluditur à successione ab intestato, illi non debeatur legitima: nisi in illis casibus, in quibus statutum non potest à legitima excludere, v. g in casu quo nullam dotem accepissent: hae tamen acceptâ ne quidem supplementum petere potest, si in statuto expressè dictum est, filiam dotatam plus petere non posse, sed dote acceptâ contentam esse debere. ut fatetur Grassus *q. 3. n. 6. & 7.* qui tamen tandem iterum limitat: nisi dos accepta esset insufficiens ad alimenta, vel aliàs filia esset enormiter læsa. Hujusmodi statutum exstat Tridenti, cujus occasione, dum hæc scribo, gravis est orta controversia, in qua Maritus petebat fructus dotis relictæ sub conditione *si nupserit neptis*: sed cohæredes eos negârunt vigore statuti jubentis neptem esse contentam dote relictâ, & nihil ampliùs petere. & ità responsum est ad casum propositum Ingolstadii, quid autem Tridenti fuerit judicatum, necdum intelligere potui.

Sed quid si filia cum juramento renuntiavit legitimæ acceptâ dote, & ex ea sint nepotes, atque exstent alii filii immediati hæredes, an aliquid præter matris dotem consequentur nepotes?

489. R. 1. Si filia moriatur ante patrem seu avum nepotum, & nihil ad nepotes ex substantia patris tansmissum est, nepotes ex filia legitimam accipient, quia veniunt ab intestato, jure repræsentationis, cui mater per suam renuntiationem quantumvis juratam non potuit præjudicare, quia juravit solùm, quòd ipsa nihil vellet petere. Si verò supervixit, nepotes nullam portionem petere possunt, quia non proprio jure, sed jure matris admittuntur: ergo non plus petere possunt, quàm dotem, in qua sola mater jus habuit, & ad filios transmisit. Reliquum accrescet cæteris: quodsi nulli immediati existerent, nepotes proprio jure venirent, & renuntiatio illis non noceret. Et hæc de legitima Descendentium.

490. Secundò ergo debetur legitima ascendentibus illis, à quibus diximus deberi descendentibus: adeo, ut etiamsi pia causa instituta esset, adhuc tamen legitima deducere-rur.

Quodsi statutum excluderet matrem à Successione, hoc ipso etiam excluderet à legitima, juxta Regulam, quòd nulli debeatur legitima, qui non succederet ab intestato, quamvis non e-contra omni illi debeatur legitima, qui succederet ab intestato.

Pari modo, Iure communi excluderetur mater per substitutum pupillarem, ut suprà dictum est, & pluribus dicetur tr. seq. Cætera ex præcedentibus cum proportione huc applicanda sunt.

491. Tertiò, relinquenda est legitima fratri in casu sup. relato, quando nimirum saltèm in legitima est instituendus, nempe, si turpem personam instituat. Quod ibi prætermisi, nunc addo.

Berlichius *parte 3. Conclus. 11. n. 13.* extendit hoc ad illos, qui juratam fraternitatem inter se ineunt: quam conventionem putat obligare ad relinquendam in testamento legitimam, saltèm in casu quo turpis persona institueretur. Mihi tamen videtur hoc meritò improbari à Casparo Manzio *q. 2. n. 52.* eò quòd nemini sit concessa potestas adoptandi aliquem in fratrem. *l. 7. C. de hæredib. instit. Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cùm igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, &c.*

Præterea, Iure Bavarico videtur testamentum fratris penitus, saltèm quoad institutionem esse nullum, si turpis persona instituatur, vel alio titulo aliquid notabile illi relinquatur, etiamsi frater non fuisset præteritus; huic enim accederet quidquid turpibus personis relictum esset.

CONTROVERSIA III.

Quænam portio sit Legitima in Testamento relinquenda, & quomodo accrescat.

SUMMARIUM.

Quæ pars fuerit antiquo jure legitima. 492.
Si filii sint pauciores quàm quinque, portio exhæredati cæteris accrescit. 493.
Occurritur objectionibus. 494.
Si numerus filiorum excedat numerum quaternarium, & exhæredatio constituat reliquos filios infrà numerum quinarium, consequentur trientem, non semissem. 495.
Ratio cur numero quinario sit aucta legitima. eod.
Quod de exhæredato dictum; etiam de indigno, & ingresso in Religionem incapacem successionis dicendum. eod.
Quid juris, si filia cum juramento renuntiat hæreditati & legitimæ acceptâ dote. 496.
Quid juris, si filia statuto excludatur à successione, acceptâ dote. 497.
Quidsi filius non solùm hæreditatem, sed etiam legitimam repudiaret. 498.

Si

Si Nepotes concurrant cum Thiis, quid illis competat. 499.
Si ſoli nepotes exiſtant ex diverſis filiis. eod.
Si plures ex unico filio vel filia prædefuncta. 500.
Quænam ſit legitima parentum. 501.
Quænam ſit legitima aſcendentium, ſi fratres hæredes inſtituantur. 502.
Quidſi præteritis fratribus mater eſſet inſtituta in legitima, in reliquo hæres extraneus. 503.

492. IUre antiquo fuit quadrans ſeu quarta pars ejus, quod liberi erant habituri, ſi ab inteſtato ſucceſſiſſent. ſed Iure Nov. 18. c. 1. & *auth. Noviſſima de inoffic. teſtam.* eſt aucta, & eſt Triens ſi ſint pauciores quam quinque, ſin verò ſint quinque aut ultra, eſt Semis, ſeu dimidia pars bonorum, quæ habituri fuiſſent ſimul, ſi ſucceſſiſſent ab inteſtato. unde verſiculi.

Quatuor aut infrà dant natis Iura Trientem.
Semiſſem verò dant natis quinque vel ultra.
Arbitrium ſequitur ſubſtantia cætera patris.

Textus Novellæ ſic habet. [Ut ſi quidem unius eſt filii pater aut mater, aut duorum vel trium vel quatuor, non triuncium eis relinqui ſolùm, ſed etiam tertiam propriæ ſubſtantiæ partem, hoc eſt uncias quatuor. Si verò ultra quatuor habuerint filios, mediam ejus totius ſubſtantiæ relinqui partem, ut ſexuncium ſit omnino quod debetur. Authentica ſic ſonat. Noviſſimâ lege cautum eſt, ut ſi quatuor ſunt filii, vel pauciores, ex ſubſtantia deficientis triens, ſi plures ſint, ſemis debeatur eis quoquo relicti titulo, ex æquo ſcilicet inter eos dividendus, cujus portionis nec uſufructu defraudari liberi à parentibus poſſunt.]

Controverſia gravis & intricata eſt ad ſinē præcedentis capitis tacta: utrum liberi, qui parentibus non ſuccedunt, ex quacunque tandem cauſa, (ſive quia exhæredati ſunt, ſive quia incapaces facti ſunt, v. g. per ingreſſum in Religionem, ſive quia renuntiārunt, ſive quia repudiārunt, ſive quia ſtatuto excluſi,) habeantur in numero liberorum ad augendam vel minuendam portionem legitimæ cæterorum qui ſuccedunt. Vidimus enim, quòd propter numerum liberorum augeatur vel minuatur quota legitimæ.

493. DICO 1. Si filii ſint pauciores, quàm quinque, ac proinde quibus debetur tantùm Triens, tunc portio exhæredati cæteris accreſcit: quodſi illis datus eſt cohæres univerſalis non accreſcit alteri hæredi, ſed accreſcit cæteris liberis etiam in re certa, vel in ſola legitima inſtitutis. Et hoc ſenſu verum eſt, quòd exhæredatus non cenſeatur in numero liberorum, ſed perinde conſideretur ac ſi non eſſet. ſicque dicunt Juriſtæ eum haberi pro mortuo. atqui ſi mortuus eſſet, reliqui tres aut pauciores filii haberent totum Trientem: ergo etiam habebunt illum uno exhæredato. Ratio ulterior eſt, quia paria ſunt nullos habere liberos, & habere juſtè exhæredatos. Et in hac concluſione quoad primam partem convenire debent DD. quamvis non omnes caſum hunc examinent. Omnium optimè quæſtionem tractavit Fachineus lib. 4. contr. 31. (& ex eo Manzius) ponens noſtram concluſionem his terminis. [Filius exhæredatus in filiorum numero cenſendus non eſt ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem. Itaque ſi pater reliquerit tres filios, & juſtam ob cauſam unum ex eis exhæredaverit, aliorum duorum legitima erit triens integer.]

Concluſioni quoad ſecundam partem repugnat Bartolus & Paulus Caſtrenſis. putant enim, quòd in caſu, quo filii innocentes ſunt inſtituti in ſola legitima, vel in re certa, & eis ſit datus cohæres univerſalis, pars exhæredati illis non accreſcat, ſed cohæredi. Contra quos

Probatur Concluſio quoad ſecundam partem ex Novella 22. c. 21. *Si quis enim ex eis ingratus videtur, præmium hoc aliis damus, nihil tale agentibus, ut & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum reſpicere.* Deinde cap. 47. ſic habetur. *Ejus enim* (ingrati) *portio tam ad reliquos fratres, quàm ad matrem veniat.* Qui textus etſi non probent directè concluſionem, evertunt tamen præcipuum fundamentum adverſariorum, quòd nempe innocentes non debeant lucrum capere ex culpa ingrati. Hoc ſanè diſertè pugnat cum verbis Imperatoris.

494. Objiciunt. Filii in re certa ſeu particulari inſtituti non ſunt hæredes univerſales ſed particulares: ergo nihil poteſt eis accreſcere ex hæreditate: ergo nec pars exhæredati. Conſequentiam probant ex lege 20. *ff. de legatis.* 2. ibi. *Et Proculo placebat, & à patre ſic accepi, quòd ſervo communi legatum ſit, ſi alter Dominorum omitteret, alteri non accreſcere, non enim conjunctim ſed partes legatas.* Reſponderi poſſet primò cum Fachineo, tranſeat antecedens, nego conſequentiam. Quòd enim portio exhæredati accedat reliquis filiis quibus debet legitima relinqui, non eſt neceſſe provenire ex Iure accreſcendi, ſed ſatis eſt provenire ex remotione obſtaculi: nam filius exhæredatus obſtare poterat, quo minùs reliqui totum trientem accepiſſent. Reſpondetur tamen ſecundò & meliùs, negando antecedens. Nam Iuri accreſcendi etiam locus eſt in legitima, ut habetur in lege 21. §. 2. *ff. de Iure patron.* ibi enim jus accreſcendi habet locum in legitima debita patrono: ergo multò magis in filiis. Unde Berlichius rectè dixit, filium ratione legitimæ ſibi debitæ eſſe potentialiter ſucceſſorem univerſalem.

495. DICO 2. Si numerus filiorum excedat numerum quaternarium, & exhæredatio conſtituat reliquos filios infra numerum quinarium

narium, non consequentur semissem, sed trientem. & hoc sensu verum est iterum, quòd exhæredatus non habeatur in numero filiorum: & sic in hoc casu non accrescit pars exhæredati. Explicatur. Quando ex quinque filiis unus exhæredatur, tunc, quia exhæredatus habetur pro mortuo, reducitur numerus quinarius (cui cæteroquin deberetur semis,) ad numerum quaternarium cui debetur tantùm Triens: ergo quatuor reliquis non debebitur semis, sed tantùm triens, & sic fiet, ut singuli minus consequantur quàm si quintus non esset exhæredatus. Si enim quintus non esset exhæredatus, tunc ex semisse 600. florenorum singuli habuissent 120. flor: uno verò exhæredato habent singuli tantùm centum, quia 400. faciunt trientem, si bona sint 1200. Hæc est sententia Gomezii *to.* 1. *var. Resol. c.* 11. *n.* 22. & aliorum omnium, quos videre potui, excepto Card. de Lugo, qui juxta suos discursus suprà relatos videtur oppositum tenere. Putat enim durum esse, quòd in tali casu filii innocentes minus accipiant, quàm acciperent, si quintus non esset exhæredatus, prout argumentatur paulò ante num. 172. quia sic innocentes punirentur ob culpam alterius. Verùm ad hoc facilis est responsio, dicendo, quòd hoc decrementum fit merè per accidens, nec proveniat præcisè ex exhæredatione, sed ex variatione numeri filiorum, ut jam declaratum est. Unde fieri posset, ut hæc ipsa variatio esset filiis lucrosa. Ponamus enim esse octo filios, quibus deberetur semis, 600. sed quatuor illorum exhæredatos, tunc reliquis quatuor debebitur triens, nempe 400, & singuli accipient centum, cùm tamen, si nullus fuisset exhæredatus, singuli tantùm acciperent septuaginta quinque: nam hic numerus octies multiplicatus facit 600. Vides ergo, quòd sit merè per accidens, quòd vel damnum vel lucrum patiantur: & sicut in hoc casu optarent exhæredatos haberi pro mortuis, ità in priore casu non debent etiam aliud velle, ut sit uniformitas, & exhæredati nunquam censeantur in numero filiorum, sed habeantur pro mortuis ob jura superiùs allata, & hæc sit prima Conclusionis probatio.

Probat deinde Gomez conclusionem secundò. Quia ratio motiva, propter quam numero quinario & ultra fit aucta legitima, erat, quia per concursum plurium filiorum legitima reduceretur ad minimum, & prædicti filii egerent. atqui si exhæredatus habeatur pro mortuo, cessat hæc ratio, ut patet: ergo non est contra legem, si tunc loco semissis debeatur triens. Major propositio habetur in Nov. 18 ibi. [Frequenter igitur & aliâ vice mirati sumus, quomodo legitimis & benevolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibúsque, quod relinquitur, jam etiam debitum vocant solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui &c. filii verò etsi multi existant, confunduntur, & triuncium dividunt solum, vel si decem fortè & ampliùs fuerint, pauperes erunt filii, donec vixerint parentes idonei.]

Ex his ergo rectè concluditur, quòd exhæredati nec ad minuendam reliquorum legitimam, nec ad eam augendam habeantur in numero liberorum: non ad minuendam, juxta primam Conclusionem, non ad augendam, juxta secundam Conclusionem.

Quod autem dictum hactenus est de filio exhæredato, idem dicendum, si quis ex delicto indignus hæreditate factus est, aut per ingressum in Religionem successionis incapacem incapax factus est.

496. Controversia est, quomodo se res habeat, si filia v. g. cum juramento renuntiat hæreditati & legitimæ, acceptâ dote. Fachineus docet, quòd illius pars semper detrahatur reliquis liberis, & accedat patri, ut de ea possit pro libitu disponere. Unde si sint tres filii, & una filia, & hæc renuntiet, tres filii non accipient totum Trientem, sed triens dividetur in 4. partes, & singuli accipient unam partem, quarta verò remanebit liberæ dispositioni patris. & hoc sensu filia habebitur in numero liberorum, non quidem ut ipsa accipiat partem, sed ut reliquorum legitima minuatur. Si verò sint 4. filii, & filia renuntiet, tunc vult Fachineus non esse numerandam inter liberos, adeoque quatuor filios non consecuturos semissem, sed tantùm Trientem. & sic commodum renuntiationis iterum cedet patri. Fachineum sequitur Berlichius. Verùm, mihi in hac controversia videtur respondendum, quòd attendendũ sit, in cujus favorem fiat renuntiatio. Et si quidem renuntiatio fieret in favorem patris, procederet sententia Fachinei: sin verò Renuntiatio fieret in favorem fratrum, tunc oppositum per omnia dicendum esset propter oppositam rationem: nempe quia commodum renuntiationis debet cedere illi, in cujus favorem fit renuntiatio, quia est instar donationis. semper ergo renuntiasset in numero liberorum, in ordine ad hunc effectum, ut constaret, utrum triens, vel semis esset legitima; sed legitima divideretur deinde in tot partes, quot sunt liberi non renuntiantes. Erità videtur mihi sentire tandem Casparus Manzius *n.* 39. quamvis *n.* 21. & 22. videatur quoad primam partem subscribere Fachineo simpliciter, nullâ adhibitâ distinctione: quæ tamen pars eandem distinctionem recipit, quam secunda. Et quidem eodem auctore teste, in nostris partibus communi & receptâ consuetudine, fit renuntiatio in favorem fratrum: estque nostra resolutio conformis Iuri Bavarico *tit.* 36. *a.* 9. cujus compendium sic habet. [In computatione Legitimæ, utrum sit triens vel semis, etiam renuntiantes liberi, sive filii sive filiæ (nisi ante renuntiationem delatam hæreditatem repudiâssent, vel exhæredati essent) in numero

numero filiorum ponendi sunt.] Ecce! nullum sit discrimen. & requiritur adnumeratio renuntiantium præcisè in hunc finem, ut constet, utrum legitima sit triens, an semis.

497. Controversia 3. est, quid juris sit, si filia statuto excludatur à successione, acceptâ dote: pro cujus clariore resolutione ponit duos casus Casparus Manzius. Primus. Testator cùm haberet in bonis 1200. fl. ex liberis autem tres filios, & unam filiam, statuto exclusam, cui dotis loco 50. fl. dederat, instituit tres filios in legitima, dato eis pro cohærede Sempronio. Secundus, quo testator ponitur habuisse quatuor filios & unam filiam dotatam centum florenis & statuto exclusam. Omissis variis aliorum opinionibus æquissima & hactenus dictis consentanea est ejusdem auctoris, post Graffum, Berlichium & alios, sententia, quòd filia per statutum exclusa computetur in numero filiorum, & faciat partem, sed ità ut quod in dotem datum est, subducatur, & residuum quod ad legitimæ supplementum deest, & ultra acceptam dotem intuitu legitimæ deberetur, accrescat filiis masculis. Itaque in primo casu dividendus esset triens in quatuor portiones, ità ut cuique 100. fl. loco legitimæ obveniret. Sed quia filia à statuto exclusa nihil ampliùs percipere potest, & loco dotis tantùm 50. fl. habuit, adeoque adhuc 50. fl. ad supplementum restant, isti 50. floreni accrescent masculis, & non Sempronio cohæredi. In secundo casu iterum filia est inter liberos numeranda, adeoque legitima erit semis, 600. floreni, ità tamen ut portio illa, quam filia exclusa loco dotis accepit, nempe 100. fl. in hunc semissem computentur, & detractâ hac dote, seu 100. reliqui quingenti fl. filiis pro legitima cedant. cùm itaque cuilibet liberorum pro legitima debeantur ex sexcentis centum viginti, & filia tantùm centum acceperit, reliqui viginti floreni qui ad supplementum legitimæ restant, fratribus accrescent. Ratio est, quia hæc censetur esse intentio statuti, filiam in favorem masculorum excludentis.

498. Ex dictis facilè est statuere pro casu quo quis ex filiis non solùm hæreditatem, sed etiam legitimam repudiaret; cùm enim repudians æquiparetur exhæredato (saltèm jure Bavarico *tit. 36. art. 9.*) idem dicendum erit de repudiante, quod de exhæredato dictum est; nec credo quòd facilè contingat, ut quis legitimam, quæ sine omni onere debetur, repudiet, quia clarè constet in cujus favorem repudiet, & tunc erit instar renuntiantis. Et hæc de legitima liberorum.

Circa Nepotes procedendum est cum distinctione, conformiter ad ea quæ tract. 5. de successione ab intestato dicta sunt, circa Ius repræsentationis, & successionis in stirpes vel in capita.

499. DICENDUM itaque primò. Si Nepotes concurrant cum Thiis, tunc sive multi sive pauci sint, plus non accipiunt, quàm eorum pater accepturus fuisset; adeoque non possunt cum Thiis augere numerum, ut semis debeatur, si parens eorum non auxit numerum eousque.

DICENDUM 2. Si soli nepotes existant, sed ea diversis filiis, & instituantur in legitima, tunc sicut succederent ab intestato in stirpes, ità non faciunt majorem numerum, quàm fecissent eorum parentes.

500. DICENDUM 3. Si extent plures Nepotes ex unico filio vel filia *prædefuncta*, tunc quia succedunt in capita, & in propria persona, faciunt numerum, & si sint infra quinque habebunt trientem, sin verò supra quatuor, habebunt semissem.

Dixi. *Prædefunctâ*. nam si parens eorum (sint v. g. quinque) vellet repudiare hæreditatem, ut filiis deberetur semis, nihil ageret, sed transmitteret solum trientem, quem ipse accepturus fuisset, si hæreditatem non repudiâsset. Ratio est, quia in hoc casu legitima esset formata tempore mortis testatoris ante mortem filii hæredis. ergo non potest per hujus repudiationem mutari, sicut mutaretur, si ante testatorem mortuus esset.

501. DICENDUM 4. Parentum legitima est etiam Triens. & quia moraliter contingere non potest, ut plures unius ascendentis exstent, quàm quatuor, ideo Semis illis non est constitutus. Nec refert, quòd non expressè quidquam ea parentum legitima ad trientem usque aucta habeatur in Nov. 18. c. 1. satis enim id colligitur ex fine illius capitis, dum dicitur, id quod de liberis constitutum est, in omnibus personis observandum esse, *in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est*: hoc est qui olim habuerunt querelam inofficiosi: atqui parentes hanc habuerunt. *l. 15. ff. de inoff. test. §. 1. Inst. eod. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus.* Iure Bavarico id expressum habetur *tit. 36. a. 1.*

Ex eodem fundamento rectè inferunt jam communiter DD. contra Treutlerum, Graffum, Gomez, VVesenbecium & quosdam alios, etiam legitimam fratrum auctam esse, quia & illis olim competebat querela inofficiosi. Et quia moraliter contingere potest, ut fratres plures quàm quatuor concurrant, & saltèm in legitima instituendi sint, quando instituitur persona turpis, ideo in tali casu Semis illis competeret.

Econtrario infertur; legitimam conjugum non esse auctam, quia id quod conjugi superstiti debetur, non tàm legitima, quàm Portio quædam legalis, seu statutaria vocatur: & quia illa portio non jure antiquo, sed lege novissimâ *Auth. præterea C. unde vir & uxor.* vel ex particularibus locorum statutis debetur.

502. Con-

502. Controversia est, quænam censenda sit legitima ascendentium, v. g. matris, si præter illam exstent fratres & hæredes instituantur, (ponamus duos) quæritur, quantum debeat filius relinquere matri, ut satisfaciat legi, quâ tenetur matri legitimam relinquere. Aliqui judicârunt esse trientem omnium bonorum, sicut esset, nullo fratre existente. Bartolus tamen, quem sequitur Fachineus c. 29. aliter statuit, hoc discursu. Legitima respectu certè alicujus personæ est tertia pars illius quotæ, quam quis consecutus fuisset, si ab intestato successisset. Jam verò ascendentes succedunt cum fratribus: ergo in casu posito mater cum duobus fratribus succederet in capita. ergo deberetur matri tertia pars hæreditatis: ergo legitima erit tertia pars hujus tertiæ. Ponamus ergo quòd hæreditas sit 900. fl. si mater successisset cum duobus fratribus ab intestato, acciperet 300. ergo tertia pars horum trecentorum, nempe 100. erit legitima matris, & si hanc summam filius illi relinqueret, titulo Institutionis, scribendo, v. g. *Instituo matrem in tertia parte trientis.* vel. *in nona parte bonorum*: vel: *in centum florenis.* & in reliquo meos fratres, legi satisfecisset, nec mater plus petere posset, quia consecuta esset portionem, quæ legitimam in hoc casu debitam exæquaret. Hanc sententiam sequitur Facbineus lib. 4. c. 29. & Card. Tuschus *lit. L. Concl.* 183. *n.* 29. his verbis. *Extende, quia si moriatur filius, relictâ matre & duabus sororibus, portio matris est tertia, & legitima est tertia tertiæ.*

503. Sed quidsi frater matrem instituisset in legitima, in reliquo alium hæredem extraneum, sed fratres præteriisset. Respondet Card. Tuschus n. 19. & alii quos sequitur Manzius, quòd legitima matris esset triens, seu tertia pars bonorum, adeoque ex 900. acciperet mater 300. & 600. alter hæres: quia præteriti fratres habentur pro exhæredatis, & æquè pro non existentibus habentur. Et hæc Conclusio mihi certior est quàm prior, cujus oppositum videtur rationabilius, quia licèt fratres succedant cum matre ab intestato, fratres tamen possunt præteriri à fratre, non item mater: quæ præteritio utique in favorem legitimæ prohibita est.

CONTROVERSIA IV.

Quo titulo relinquenda sit legitima, ut valeat testamentum.

SVMMARIVM.

QUamvis de hoc jam alibi superiùs incidenter dictum sit, nunc tamen distinctiùs agendum. &

504. DICENDUM 1. Legitima & filiis & parentibus, vel tota, vel saltèm in parte est relinquenda titulo Institutionis. Et quidem si solùm in parte relinqueretur, valeret testamentum, sed agi posset ad supplementum. Iura superiùs adducta sunt *ex Novella* 115. c. 3. *pr.* Utilitas hujus constitutionis hîc est aperienda.

Communiter quidem DD. hanc rationem assignant: quia Titulus hæredis est filio honorabilior, quocunque alio, v. g. Legatarii, substituti, &c. Sed, si non subesset aliud commodum, dici posset, hunc esse titulum sine titulo, propter quem proinde Imperator non debuisset omnino annullare ultimum defuncti judicium, adeo cæteroquin favorabile.

Primum itaque & maximi faciendum commodum est Ius accrescendi, quod nullo alio titulo haberet in casu, quo alii cohæredes hæreditatem non agnoscerent aut adirent. Secundum commodum non contemnendum est, quòd institutus capiat propriâ auctoritate id quod sibi relictum est, non item legatarius, ut suo loco dicetur. Tertium commodum est, & sequitur ex secundo, quòd Instituto competat remedium *legis fin. C. de Edicto D. Adriani toll.* ut possit petere immissionem in possessionem bonorum.

Objici posset ex Novella 18. c. 1. *in fine.* ubi dicitur: *sive quis illud institutionis modo, sive per legati, idem est dicere, &c.* ꝝ. Hoc esse correctum per Novellam 115. quæ quinque annis post priorem edita est, anno salutis 541.

505. DUBITATUR, an Conclusio procedat etiam in casu, quo testamentum factum est inter liberos. Negat Jason in Auth. Novissima *n.* 16. & *seqq.* & habet pro se speciosam rationem. [...]m in testamento inter liberos non est opus observare solennitates & subtilitates scrupulosas Iuris: talis autem videtur esse requisitio Institutionis in specie. Verùm, affirmativa est communissima, & vera, per regulam: quod in alicujus favorem introductum est, non debet in illius dispendium detorqueri: atqui lex *hac consultissimâ*, quæ disponit, non requiri solennita-

lennitates in testamento imperfecto inter liberos, est introducta in favorem liberorum: jam, si sustineretur testamentum carens institutione liberorum, esset hoc in dispendium & præjudicium liberorum, quibus melius est, testamentum non valere, ut patet: ergo cessat lex *hac consultissimâ. §. ex imperfecto. C. de testam. & præ*valet Novella 115. requirens institutionem. Ex quo patet gratis ab adversario dici cum glosa, quòd in testamento inter liberos semper subintelligatur clausula: *ut valeat meliore modo.* nam hoc etiam solùm verum est, quantùm interest, & expedit liberis.

506. DICENDUM 2. Legitimam fratrum in casu quo illis competit, non est necesse relinqui titulo institutionis, sed sufficit, quocunque titulo esse relictam. Ratio est, quia in Novella 115. jus antiquum Codicis & Institutionum, quo sufficiebat legitimam quocunque titulo relinqui, non est correctum quoad fratres, sed solùm quoad liberos & parentes: ergo in suo vigore perstitit.

507. DICENDUM 3. Si filio fuisset legitima alio quàm Institutionis titulo relicta, & filius fuisset re illâ contentus, non posset postea factâ pœnitens testamentum semel agnitum impugnare & nullum dicere. Ratio est, quia censeretur facto suo renuntiâsse favori legis, quò illi licuisset statim testamentum dicere nullum, & sic injuriam prætertitionis vindicare: cuivis enim integrum est, remittere injuriam sibi illatam.

508. DICENDUM 4. Si filius in re certa & particulari institutus est, valet testamentum, & si res illa non attingat suo valore legitimam, potest solummodo agere ad supplementum si alios cohæredes habet. Institutionis tamen titulus in hoc casu non esset merus titulus de nomine, ut videtur sentire Bacchovius; adhuc enim operaretur illa commoda, quæ suprà recensuimus.

509. DICENDUM 5. Testamentum hujusmodi, carens institutione liberorum quoad legitimam non est penitùs nullum, sed solùm quoad Institutionem: cætera enim capitula in eo contenta salva manent, ob favorem ultimæ voluntatis, & annullatâ hæredis institutione satis obtinetur finis legis; nec liberi conqueri possunt, quòd præstare debeant ea, quæ ipsis præstanda essent, si in legitima instituti essent.

DICENDUM 6. Ad valorem testamenti non est necesse, ut testator utatur in specie voce *Instituo*: sed satis est uti æquivalentibus. Unde sufficeret, si diceret. *Relinquo filio legimam.* Ratio est: quia termini communes habent significationem æquivocam, hoc est diversos sensus, sed omnes proprios, & per intentionem loquentis determinantur ad unum: ut traditur in Logica, & Theologi utuntur hac doctrinâ in defendendis formis Sacramentorum. at qui in proposito casu æquissimum esset præsumere, quòd intentio testatoris esset, instituere filium: vult enim utique relinquere eo modo qui necessarius est ad valorem testamenti: ergo si vox ex sua impositione etiam hunc sensum recipit, erit sufficiens. Quòd autem vox *Relinquo*, hunc sensum recipiat, inde patet, quia non omnes sunt ità instructi, ut sciant uti voce propriâ *Institutionis*.

510. QUÆRITUR tamen, an valeret si scriberetur: *Relinquo filio meo centum, vel fundum A. pro sua legitima.* Quòd non valeret, si ultima verba non adjicerentur, conveniunt DD. & hoc ideo, quia relinquere rem certam, facit sensum *legati*: nec sufficienter significat animum instituendi hæredem. sed adjectio illa: *pro legitima*, facit dubitationem. Negat valere Covarruvias *ad cap. Raynutius. 16. n. 10.* & Fachineus *lib. 4. c. 25.* Sed affirmativa & est communior post Bartolum, & longè verior, ac æquitati conformior, ut bene docet Manzius *q. 14. n. 5.* Ratio est: quia relinquere legitimam sub hoc termino universali idem est ac instituere: certè hunc sensum recipit. Quòd autem in re certa fiat, non obstat, nam posse Institutionem fieri in re certa, suprà dictum est.

511. Objiciunt. Quia sic videtur supervacanea constitutio Novellæ 115. semper enim, quando res certa relicta fuerit, poterit titulus institutionis præsumi. ℞. Negando subsumptum. Novella enim solùm noluit valere, si res certa relinquatur verbis non applicabilibus institutioni, quale est etiam verbum *Relinquo*. si præcisè res certa nominetur: non item si dicatur: *Relinquo legitimam: Relinquo centum pro legit.ma.* ut patet ex probatione Conclusionis.

512. Hinc rectè inferunt communiter DD. valitutum testamentum, si diceretur: *Relinquo filiæ centum pro sua dote.* Quia Dos succedit & habetur loco legitimæ. Ratio ulterior est, quia alioquin filia posset testamentum dicere nullum quoad institutionem, & consequenter suam legitimam consequi, & insuper centum relictos pro dote, quia hi centum essent legatum: testamentum autem quoad legata valeret: atqui hoc procul esset à mente testatoris, qui utique illis centum non voluit meliorare filiam, ut consideranti facilè patet.

Ex dictis infertur contra Baldum, non valiturum, si diceretur: *Relinquo filio centum. & his volo eum esse contentum, neque plus petere.* Ratio est, quia priora verba non sunt apta significare Institutionem, ut suprà dictum est. posteriora verò adhuc magis declarant animum non instituendi, cùm etiam actionem ad supplementum excludere velint. ergo sunt inepta ad ampliandam significationem priorum verborum.

P CON-

CONTROVERSIA V.

An & quomodo auctis vel diminutis facultatibus patris, augeatur vel diminuatur Legitima.

SUMMARIUM.

Non debetur legitima ante mortem. 513.
Quidsi pater monasterium ingrediatur, & fecit testamentum. eod.
Potest pater in vita legitimam assignare. eod.
An factâ tali assignatione, auctis postea bonis, legitima augeatur. 514.
An augeatur legitima, auctis bonis tempore deliberationis. 515.
Auctâ post mortem hæreditate extrinsecè, an augeatur legitima. 516.
Intellectus legis 42. ff. ad leg. Falcidiam. 517.
Auctâ hæreditate intrinsecè, an legitima augeatur. 518.
Occurritur objectionibus. 519. 520.

513. SUpponendum est 1. Quòd pater, per se loquendo, non teneatur ad dandam filio legitimam ante mortem, quod adeo verum est, ut etiamsi pater prodigus esset, non posset filius agere ad obtinendam legitimam in vita patris, ut tradit Grassus *q.* 21. *n.* 5. Berlich. *n.* 28. Manzius *q.* 15. *n.* 9. & alii contra Socinum. Ratio est, quia competente remedio ordinario non est ad extraordinarium deveniendum: remedium autem ordinarium in casu esset, ut patri per Magistratum bonis interdiceretur, & curator bonorum daretur.

Dixi. *per se loquendo.* Controversum enim est, an teneatur eam dare, si pater Monasterium ingrediatur, & si fecit testamentum, an statim post ingressum possit filius agere ad legitimam. Et quidem in eo conveniunt DD. quòd statim agere possit, si pater ingressus est Monasterium incapax successionis; tunc enim Mors civilis per omnia comparatur morti naturali. Si autem Monasterium sit capax successioni, est dissensio inter Civilistas & Canonistas, ut videre est apud Grassum. *q.* 12. *n.* 6. Sed Canonistarum sententia videtur prævalere, quòd statim debeatur, quia etiam tunc habetur pater pro mortuo, cùm incapax fiat dominii, & alterius dispositionis.

Supponendum 2. Quòd etsi pater in vita nec dare, nec assignare teneatur legitimam, possit tamen, si velit, eam assignare, quia nullo jure prohibetur. Si tamen eam donaret in vita, posset eam revocare, quia talis donatio non subsistit, ut suo loco dicetur. Hoc supposito,

514. QUÆRITUR 1. An factâ tali assignatione legitimæ, si postmodum bona patris augeantur, legitima quoque augeatur, vel bonis diminutis etiam legitima diminuatur, ità ut filius plus petere possit, vel totum quod assignatum est, petere non possit. Communior & æquior sententia habet, posse filium, auctis facultatibus plus petere. Ità post alios Fachineus *lib.* 4. *c.* 27. & Manzius *q.* 16. adeo, ut etiamsi filius renuntiâsset (dummodo non cum juramento) idem dicendum esset. Et est textus satis apertus jam suprà à me relatus in lege 35. §. 1. *C. de inoff. test.* [Illud etiam sancimus, ut, si quis à patre certas res vel pecunias accepisset, & pactus fuisset, quatenus de officioso querela adversus testamentum paternum minimè ab eo moveretur, & post obitum patris filius cognito paterno testamento non agnoverit ejus judicium, sed oppugnandum putaverit, veteri jurgio exploso, hujusmodi pacto filium minimè gravari secundùm Papiniani responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quàm pactionibus.] Itaque legitima metienda est ex quantitate bonorum, prout tempore mortis reperitur, *arg. legis.* 6. *C. eod. Cùm quæritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam partem bonorum mortis tempore testator reliquit inspicitur.* Ergo si mortis tempore auctæ vel diminutæ sunt facultates patris, erit quoque aucta vel diminuta legitimæ portio materialiter, non formaliter, hoc est, semper erit triens vel semis (pro diverso numero) sed triens modò erit pinguior, modò minor. Sic etiam in deducenda Falcidia vel Trebellianica tempus mortis, & quantitas bonorum pro tunc existentium inspicitur. §. 3. *Inst. de L. Fal. Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur.*

515. QUÆRITUR 2. Si post mortem testatoris, dum hæres deliberat, & antequam adeat hæreditatem, augeantur bona hæreditatis, v.g. quia servi hæreditarii ex captivitate redeunt, vel quia ex partu pecorum aut ancillarum accessio facta est, quæritur, inquam, an etiam augeatur legitima, adeoque filius in sola legitima institutus plus possit petere, quàm petere potuisset, si nihil hæreditati accessisset. Distinguendum autem est inter modos augendi. Possunt enim augeri bona vel extrinsecè vel intrinsecè. Extrinsecè dicuntur augeri modis paulò antè recensitis, v.g. partu, alluvione, reditu servorum, &c. Intrinsecè verò, quando rerum æstimatio augetur & crescit: prout secundùm diversa tempora frumentum & alia jam minus jam plus valent, imò & ipsa moneta. Quoad augmentum extrinsecum iterum distinguendum est: aliquando enim bona augentur ex causa de novo posita, ut in exemplis allatis: aliquando ex causa jam posita dum viveret testator, v. g. si quis ex debitoribus hæreditariis non erat solvendo, & ideo ejus debitum non numerabatur in bonis testatoris: post mortem verò factus est locuples, & solvendo.

516. DI-

516. DICENDUM 1. Auctâ vel diminutâ post mortem hæreditate extrinsecè, sive causa præexstiterit, sive non, non augetur nec minuitur legitima. Ità communis. Probatur imprimis ex textu paulò superiùs allato. *Si quartam partem mortis tempore testator reliquit.* jure novo tertia pars est relinquenda, sed tempus mortis inspiciendum, nam quoad hoc nihil est mutatum.

Probatur 2. Ex lege 44. §. 2. *ff. de bonis libertorum.* ibi. [Si ex bonis quæ mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hæreditate vel legato, servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium, non potest patronus propterea queri, quòd minus habeat in servo, quàm haberet si ex debita portione esset institutus.

517. Contra hunc textum objicitur lex 42. *ff. ad legem Falcidiam.* ubi sic habetur. *Servi qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem.* ergo etiam faciunt locupletiorem quoad portionem legitimæ. ℞. Negando consequentiam, & paritatem. Disparitatem assignat Fachineus, & ex eo Manzius his verbis. Quia ut Falcidiæ locus non sit, latior fieri debet interpretatio, sic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Hæc responsio & est subobscura, & non videtur cohærere cum eo quod habetur §. 3. *Inst. de lege Falcidia*, ubi planè dicitur, quòd etiam rationa Falcidiæ detrahendæ mortis tempus spectetur, ut explicabitur infrà, quando de lege Falcidia agetur: & ibi habetur expressè casus, quo augmentum hæreditatis nihil prodest legatariis, quominus detrahatur Falcidia, sicut detracta fuisset, si nullum augmentum accessisset: qui textus statim referendus proinde facit pro nostra Conclusione, si quidem à Falcidia ad legitimam argumentari liceat, ut volunt adversarii.

Ad textum ab adversariis allatum facilis est responsio ex glossa: nempe ideo per reditum servorum post mortem testatoris augeri hæreditatem, ut locus non sit detrahendæ Falcidiæ, eo modo quo fuisset, si servi non rediissent, quia servi post reditum finguntur nunquam fuisse capti, adeoque jam exstitisse in patrimonio defuncti tempore mortis. Non ità possunt fingi exstitisse in patrimonio ea, quæ postmodum per servos hæreditarios vel partus aut fœtus accedunt, quia resistit textus Institutionum §. 3. de L. Fal. ibi. [Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accessit hæreditati, &c. idem habetur *in L. 30. ff. ad Leg. Falcid.* Ex hac ratione Jura allata facilè conciliantur.

518. DICENDUM 2. Auctâ hæreditate intrinsecè, legitima quoque cum hoc augmento intrinseco solvenda est. Ità iidem A.A. contra Baldum, utrumque Curtium, & quosdam alios apud Fachineum. Probatur. Augmentum vel diminutio valoris rei formalissimè provenit ab æstimatione hominum: hæc autem æstimatio cedit in commodum vel detrimentum ejus, cujus est ipsa res diversimodè æstimata, ut per se patet: atqui legitima pertinet ad filium statim à morte patris. *l. 36. §. 1. C. de inoff. testam.* ibi. *Quia nostra constitutio omnem dilationem omnémque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura, & mox filio restituatur.* ergo augmentum intrinsecum ad eundem spectabit, sicut etiam spectaret diminutio. Argumenta adversariorum levia sunt.

519. Objiciunt 1. Legitima est pars bonorum quæ erant tempore mortis. Ità est. Imò hinc infertur potiùs conclusio nostra. quia si suam legitimam ex illis bonis filius statim adeptus esset, utique illi augmentum vel diminutio in iisdem bonis obvenisset. Aliud ergo est: augeri bona materialiter (quod fit per augmentum extrinsecum) aliud augeri valorem bonorum: sic si crescat æstimatio equorum, non propterea aliquis habet plures equos, sed tantùm habet equos cariores.

520. Objiciunt 2. Absurdum est, semper manere incertum, quanta sit legitima: atqui semper maneret incertum: quia valor variatur. ℞. Esse absurdum, esse incertam legitimam quoad quantitatem corporum, non autem quoad valorem. Itaque si bona hæreditaria mortis tempore valerent mille florenos, deinde post aliquod tempus, quo filius legitimam petit, valerent ter mille, legitima esset mille: quodsi hæc tria millia consistant in trecentis scaphis frumenti, accipiet filius centum scaphas, & sic materialiter non habebit plus quàm habuisset, si statim à morte legitimam accepisset, habebit tamen plus formaliter, sed merè per accidens, ab æstimatione hominum. Et sanè nisi hoc dicatur, longè magis erit incerta legitima, quia valor rerum nunquam ità certò constat, sicut constat numerus corporum, quod vel inde manifestum est, quia pretium rerum est triplex, summum, medium, infimum.

CONTROVERSIA VI.

In quibus Bonorum ſpeciebus, & à quo poſſit deſignari Legitima.

SUMMARIUM.

An poſſit à patre teſtatore aſſignari legitima in re ſingulari. 521.
An in pecunia numerata, ſi adſint alia bona. 522.
Poſſitne pater aſſignare filio legitimam conſtituendo uſufructuarium, nullâ relictâ proprietate. 523.
Quid ſi proprietatem ſine uſufructu reliquiſſet. eod.
An penes filium, vel penes hæredem univerſalem ſit electio bonorum pro legitima. 524.
Ad quem ſpectet electio bonorum pro legitima. 525.
Quomodo res in teſtamento relictæ imputentur in legitimam. 526.
An illa imputentur, quæ frater ex pupillari ſubſtitutione conſequeretur. eod.
An ea, quæ jure accreſcendi acquiruntur. eod.
An res aliena legata imputetur. 527.
An in legitimam computandum id, quod ex conditione hæredi dandum eſt filio. 528.
An legitima poſſit aſſignari in rebus alteri legatis. 529.
An legitima conſtitui poſſit in rebus Emphyteuticis aut feudalibus. 530.

521. QUÆRITUR 1. An poſſit à patre teſtatore aſſignari legitima in re aliqua ſingulari. ℞. Ex communi DD. affirmativè, ſed cum ſequentibus conditionibus. Prima: ut res illa adæquet pretium legitimæ; id quod in Iure Bavarico diſertè cautum eſt *tit. 36. a. 3.* Quodſi illud non attingeret, agere poteſt filius ad ſupplementum, 2. ut ſit illa res ejusdem utilitatis cum cæteris rebus hæreditariis, quales non eſſent res ſpecialiter ſumptuoſæ, vel exiſtentes in loco periculoſo, circa vicinos rixoſos, potentes, vel ex alio capite nullam utilitatem filio allaturæ, ſpectatâ ipſius conditione, ut ſi filio indocto vellet relinquere bibliothecam, ſi Clerico veſtes & arma ſæcularia, &c. 3. ut res non habeat ex ſe onera annexa, quæ filio meritò poſſunt eſſe ingrata, & juſta cauſa recuſandi. in quo caſu arbitrio Iudicis cognoſcendum erit, an ſit cauſa ſufficiens filio, rem penitùs recuſandi, vel ſufficiat petere ſupplementum, eò quòd propter illa onera res meritò minoris æſtimetur, ſaltem à filio in his circumſtantiis.

522. QUÆRITUR 2. An poſſit à patre aſſignari legitima in pecunia numerata, ſi adſint alia bona, quæ fortaſſe filio eſſent utiliora, & gratiora. Et quidem omnes conveniunt, Conſuetudine vel Statuto poſſe introduci, ut id liceat, & filius recuſare non poſſit. Cæterùm de Iure ſcripto negant multi id fieri poſſe, quos refert & ſequitur Graſſus *q. 15. n. 2.* Verior tamen eſt ſententia affirmativa, & expreſsè recepta Iure Bavarico *tit. 36. a. 3.* Ratio autem eſt, quia pecunia eſt virtute omnia, quia quæcunque functionem recipiunt, pecuniâ comparari poſſunt. Si ergo pecunia eſt hæreditaria, eſt jam ex ſubſtantia patris: & pater ad plus nullo jure tenetur.

Objicit Graſſus imprimis legem *ſcimus 36. C. de Inoff.* ſed ibi nec verbulum eſt ad propoſitum.

Objicit 2. Legitima debetur ex ſubſtantia paterna in rebus mediocribus, non deterioribus. atqui pecunia eſt de rebus deterioribus, quia de facili conſumitur, & eſt de bonis quæ ſervari non poſſunt. ℞. Minorem eſſe adeo falſam, ut totus mundus contrarium clamet.

Objic. 3. Poteſt filius habere juſtam affectionem erga res potiùs, quàm pecunias. Concedo. atqui poteſt etiam habere juſtam affectionem erga fundum A. potiùs quàm erga fundum B. nec tamen propterea debetur illi pro legitima.

Hoc tamen contrariæ ſententiæ concedi poteſt cum Menochio & Manzio, non eſſe integrum patri, aſſignare pro legitima pecuniam alienam, dando, v. g. cohæredi poteſtatem retinendi omnia bona, & numerandi filio ex ſua pecunia pretium legitimæ. Ratio eſt, quia legitima debet conſtitui in propria patris ſubſtantia. *lege 36. pr. v. Repletionem. C. de Inoff, teſtam.* ibi. *Repletionem autem fieri ex ipſa ſubſtantia patris, non ſi quid ex aliis cauſis filius lucratus eſt, vel ex ſubſtitutione, vel ex jure accreſcendi, ut puta uſusfructus.*

523. QUÆRITUR 3. Poſſitne pater aſſignare filio legitimam, conſtituendo illum uſufructuarium bonorum, nullam tamen relinquendo proprietatem, ſaltèm quando uſusfructus relictus tantum valeret, quantum valet proprietas tertiæ partis bonorum; vel ad relinquendo proprietatem abſque uſufructu. ℞. Negativè. Quia legitima ſine onere, & in ipſa ſubſtantia patris relinquenda eſt, hoc eſt, ſubſtantia paterna debet in individuo & ſine gravamine ad filiū pervenire. *Novella 18. c. 3. prope fin.* ibi. [Non licebit igitur de cætero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere, ſed modis omnibus ei hujus legitimæ partis quam nunc deputavimus, & uſumfructum inſuper & proprietatem relinquat, ſi vult filiorum non repente fame morientium, ſed vivere valentium vocari pater.] Quid ergo filio competet, ſi pater defacto uſumfructum omnium bonorum reliquiſſet abſque ulla proprietate, an propterea teſtamentum eſſet nullum? Ad hoc reſpondent DD, & expreſsè ſtatutum eſt in Iure Bavarico, quòd tunc pro rata legitimæ habebit proprietatem, & inſuper in reliquis bonis

nis usumfructum retinebit, si quidem extraneus cohæres datus est, secùs si fratres aut sorores cohæredes essent, nam & his tam proprietas quàm ususfructus competeret. Grassus q. 40. n. 1. Gomez to. 1. c. 11. n. 26. Manzius q. 24. n. 5. & 6.

Ratio autem posterioris partis redditur in eadem Novella, nempe si filii sine usufructu haberent proprietatem, fame illis pereundum esset.

Quodsi pater solam proprietatem sine usufructu filio reliquisset, proprietas filio maneret, etiamsi legitimam excederet, & insuper in ea quantitate haberet usumfructum, quæ sufficeret ad ejus legitimam. *Grassus q.* 40. n. 1. & de Iure Bavarico ità statutum est a. 4. & deducuntur ex textu Novellæ cit. magisque hoc censetur esse ex mente testatoris, quàm si testamentum illius nullum diceretur, & omnium bonorum tam proprietas quàm ususfructus ad filium perveniret.

524. QUÆRITUR 4. An filius ipse, cui nihil in specie pater reliquir vel assignavit, possit pro legitimæ valore certa bona eligere; vel: an hoc possit hæres universalis. R. Quoad utrumque membrum negativè. Probatur. Quia si debitor non est obligatus ad unam rem determinatam restituendam, non potest creditor jure unam præ alia petere: atqui legitima non debetur potiùs ex una determinata re hæreditaria quàm ex alia, sed ex singulis rebus debetur, si à testatore nihil est in specie designatum. ergo, &c. Ex eo autem, quòd filius eligere invito hærede non possit, rectè infertur, nec hæredem invito filio posse eligere, quia sunt paris juris & conditionis.

Quodsi aliquo statuto fœminæ excluderentur à legitima, tunc enimverò fratres possent illi constituere dotem competentem in parte bonorum quam ipsi eligerent. Nam in tali casu dos non gaudet privilegiis legitimæ, hoc ipso quòd fœminæ sint à legitima, non autem à dote exclusæ.

525. QUÆRITUR 5. Ad quem tandem spectet assignare & determinare bona pro legitima. R. Si hæredes inter se convenire non possunt, neque arbitrio alterius committere volunt, ad Iudicem & Magistratum spectat judicare ex æquo & bono; qui sicut non debet pro legitima assignare optima, quod esset in præjudicium aliorum hæredum, ità nec pessima debet, quod esset in præjudicium filii. Præterea considerare debet, quid sit conformius voluntati æquæ testatoris, & quod putâsset ipsum voliturum fuisse, & velle per leges potuisse, si interrogatus fuisset, v. g. præsumere potest, quòd ea bona, quæ vivo testatore filius habuit in peculium concessa, quibus operam suam impendit, vellet filio determinatè in legitimam cedere, sicut alia cedunt, quæ, v. g. in dotem aut donationem propter nuptias jam tradita sunt. Item si filius aliqua bona alienâsset bonâ fide, & pretium in suum & non totius familiæ commodum convertisset, meritò illi in legitimam imputabitur, tanquam ab ipsomet electa, & ad cavenda aliorum incommoda, si res illa evinceretur. De reliquo judex in hoc negotio se geret, sicut se gerere solent & debent in Iudicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo; v. g. si hæredes ab intestato succederent. Potest item partes facere, vel facultatem uni ex hæredibus concedere faciendi partes, & tunc si nullus alteri vult electionem cedere, potest electionem sorti committere, &c.

526. QUÆRITUR 6. Quomodo res in testamento relictæ imputentur in legitimam. Est autem regula generalis fundata in juribus suprà adductis, quòd quidquid testator in ultima voluntate filio reliquit, imputetur in legitimam, si ea sunt ex substantia & patrimonio defuncti, quocunque titulo reliquerit, sive hæreditario, sive legati, sive fideicommissi, sive donationis causâ mortis, dummodo saltèm aliquid fuerit relictum titulo institutionis, alioquin testamentum non subsisteret, ut superiùs dictum est: & dummodo ea omnia absque onere & gravamine consequatur statim à tempore mortis, eo modo quo infrà videbimus, quomodo legitima gravari non possit. Vnde quæ cum onere, vel gravamine, cujus legitima incapax est, relinquuntur, & quæ filius non statim post mortem consequi potest, ea non erunt pars legitimæ, sed legitimam excedent: quod eleganter expressum est lege 36. §. 1. *C. de inoff. testam.* [Cùm autem quis extraneo hærede instituto restituere eum filio suo hæreditatem suam, *cum morietur* disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra constitutio, quæ antea composita est, omnem dilationem, omnémque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox filio restituatur, in hujusmodi specie quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque quartæ quidem partis restitutionem (*hodie est tertia*) jam nunc celebrari, non exspectatâ nec morte hæredis, nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram, & qualem leges & nostra constitutio definivit, & scriptus hæres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet.]

Hinc autem rectè infertur 1. Ea non imputari in legitimam, quæ frater ex pupillari substitutione consequeretur, quia ea non caperet ex substantia patris, nec statim post mortem patris, sed post mortem & ex substantia fratris pupilli. Idem dicendum de illis quæ tanquam substitutus patris consequitur: quia non ex patris, sed alterius judicio consequitur.

Infertur 2. Ea quoque, quæ jure accrescendi acquiruntur, non computari in legitimam, quia ea non ex arbitrio patris, sed ex renunciatione vel obitu cohæredis consequitur.

527. DUBITATUR tamen 1. Si pater filio rem alienam leget (ut fieri posse dicetur tract. seq.) an eam in legitimam imputare debeat. Plures apud Grassum negant, quia tale legatum non accipitur ex substantia patris. Verùm hac subtilitate non attentâ videtur æquius, quòd deberet computari: quia caperetur ex substantia patris æquivalenter: hæres enim tenetur illam rem alienam ex pecunia hæreditaria emere; vel, si non vendatur, filio legatario pretium loco rei solvere.

528. DUBITATUR 2. Si testator ità scripserit: *Instituo Sempronium Hæredem, si filio meo catenam auream meam dederit*, ponamus eam dedisse, quæritur, an in legitimam computanda sit. Affirmant Bartolus & Angelus apud Grassum *q. 20. n. 2.* Sed ipse cum aliis negat. Quia licèt illa catena proveniat ex substantia paterna, tamen quoad juris effectum ejus consecutio est suspensa, & jam in priori tempore ipso jure legitima est deducta, licèt in executione needum sit ab hærede præstita: ergo catenæ traditio supervenit legitimæ. Confirmatur. Quia iniquum est, legitimam à potestate aliena pendere, & quæ testator in sua potestate habet, in casum conferre non debet: cur enim non ipse filio legavit, si voluit in legitimam computari? Ego tamen distinguendum putarem. Vel enim Sempronius habet adhuc alium cohæredem, cui accresceret portio Sempronii, si conditionem non impleret, & sic catena posset non pervenire ad filium, vel nullum habet. In primo casu assentior Grasso: quia reverà est suspensa consecutio catenæ. In secundo casu censeo esse computandam; quia filius certus est de catena. Si enim Sempronius eam non tradat, non erit hæres, & per consequens omnia accrescent filio. Neque testatoris mens esset nugatoria: quid si enim catena exstaret apud Sempronium, inscio filio, & Sempronio occultante? tunc etsi in foro externo fortè probari non posset, & sic conditio haberetur pro impossibili, in conscientia tamen Sempronius teneretur catenam tradere: & si eam traderet, testator finem suum obtinuisset, non obtenturus, si immediatè eam filio legâsset: in effectu autem catena fuisset jam filii tanquam legatarii, & sola traditio fuisset à testatore desiderata.

Infertur 3. Neque fructus post mortem testatoris perceptos ex re per fideicommissum alteri post tempus restituenda computari in legitimam: quia nec statim post mortem eos consequitur, nec illi sunt ex substantia defuncti, quia nunquam illius fuerunt.

529. QUÆRITUR 7. An legitima possit assignari in rebus alteri legatis. Distinguendum est. Vel hæreditas est solvendo omnibus, tam debitis, quàm legatis, & legitimæ, & tunc negandum est: vel non est solvendo: & tunc est affirmandum. Ratio prioris responsionis negativæ est, quia in tali casu legatarii præferuntur creditoribus, & hi filiis quoad legitimam: hoc est legata solvuntur eo modo, quo relicta sunt. Ratio secundæ & affirmativæ responsionis est. Quia in tali casu ordo solutionis invertitur, & primo loco solvuntur debita, secundo loco legitima, quæ est etiam aliquo modo debitum & æs alienum, sed non nisi deductis aliis debitis. tertio & ultimo loco legata: ergo si hæreditas non est solvendo, hoc denique nocet legatariis, & à legatis cum debita proportione detrahitur primò legitima, & deinde Falcidia, & quod residuum est, cedit cum debita proportione legatariis. quæ omnia constabunt meliùs ex dicendis, & ideo nunc jura non adduco.

530. QUÆRITUR 8. An legitima constitui possit in rebus Emphyteuticis, vel Feudalibus. Distinguendum imprimis est inter res Emphyteuticas & Feudales hæreditarias, hoc est concessas pro hæredibus quibuscunque, sive descendentibus, sive non descendentibus, & inter non hæreditarias, sed concessas pro filiis & descendentibus, quæ dicuntur concessæ ex pacto & providentia. Si sint bona hæreditaria, tunc legitima in illis constitui, & ab illis deduci potest. Ratio est, quia ejusmodi bona sunt sicut alia bona hæreditaria & patrimonialia, sive allodialia: ergo sicut debetur & constitui potest legitima ex aliis bonis, ità etiam ex his. Si verò sint concessa ex pacto & providentia, tunc bona Emphyteutica non cedunt in legitimam, nec in illis constitui potest. Ratio est, quia illa bona non censentur à patre profecta, adeoque non sunt bona profectitia, sed adventitia, sed à Domino directo, qui ea in favorem filiorum & descendentium in Emphyteusin concessit. Quoad Feuda idipsum satis apertè procedit, si sint feuda antiqua, quæ non primò jam pater acquisivit à Domino, sed fuerunt acquisita ab avo, vel ulterioribus ascendentibus. Quæ autem primùm pater acquisivit, magnam recipiunt dubitationem. Fachineus *lib. 4. c. 13.* distinguit. Nam si pater ejusmodi bona emit, & pretium numeravit, putat ea esse tanquã hæreditaria, & in illis posse constitui legitimam. Si verò sint ex mera gratia & beneficio Domini concessa, putat contrarium esse dicendum: quia tunc non censentur immediatè ex patris substantia provenire. Ego tamen hoc secundum membrum non puto absolutè accipiendum esse. Certum enim est, quòd res, quæ & vendi, & donari potest, posset ad eosdem effectus, & cum eodem jure donari, ad quos, & quo jure potest vendi. Si ergo feudum ità vendi potest, ut evadat hæreditarium, & sit capax in quo constituatur

stimatur legitima, poterit cum eodem jure & effectu à Domino directo donari, seu gratiosè concedi. Censeo itaque in tali casu recurrendum esse ad Intentionem Domini concedentis, & videndum, an tale feudum concesserit intuitu patris, v. g. ob ejus merita, & per modum alicujus antidoralis donationis, vel potiùs intuitu familiæ & descendentium quibus voluerit providere: sicut solet in aliis casibus judicari, an aliqua bona donata filio donentur intuitu patris, & sint tantùm profectitia, vel adventitia, ut dictum est *to. 1. tr. 4.* In primo casu erit feudum hæreditarium, in secundo non item: ergo in primo casu poterit in eo constitui legitima, in secundo non item. In dubio præsumetur illud, quod frequentiùs solet fieri, quæ est quæstio facti. Cæterùm, quia non est hic locus disputandi de Feudis, & quoad præsens punctum multùm interest, an feuda sint primogenituræ subjecta necne, an Masculina, vel fœminina, ideo qui horum notitiam desiderat, legat inter alios Rosenthal de feudis c. 7. Berlichium *p. 3. Concl. 11.* Schraderum *p. 7. c. 5.* Fachineum *lib. 7. c. 46. & seqq.* Manzium *tit. 12. q. 37. & 38. tract. de Testam. valido & invalido.* & agetur de hoc in loco proprio. tomo 3. tr. 9. cap. ult.

CONTROVERSIA VII.

Quo sensu Legitima sine gravamine relinquenda sit.

SUMMARIUM.

AN gravamen quod inest rei, obstet legitimæ. 531.
An obstet substitutio reciproca. 532.
An obstet conditio potestativa. eod.
An legitima voluntaria admittat gravamen. 533.
An in legitima possit usufructus alteri constitui. eod.
An dos loco legitimæ relicta admittat gravamen. 534.

HActenus id supposuimus, adductis *l. 32. & l. 36. §. 1. C. de inoff. testam.* quibus id generaliter statutum est, quia autem generalia sæpius perpetam specialibus applicantur & exceptiones admittunt, ideo nunc per exempla distinctiùs exponendum est.

531. Imprimis autem non obstat legitimæ gravamen, quod inest rei, dummodo ratione illius res illa minùs æstimetur, & secundùm æstimationem in legitimam computetur, & filius illam accipiat tam secundùm proprietatem, quàm secundùm usumfructum: unde si pro legitima filio obtingat fundus habens servitutem realem, non propterea tale gravamen rejicietur, sed manebit in fundo. De aliis ergo gravaminibus sermo est, & de his olim ità constitutum erat, ut filius posset per querelã inofficiosi impugnare institutionem; hodie tamen gravamen rejicitur perinde acsi adjectum non esset, ut habetur lege 32. cit.

532. Itaque primò; rejiceretur gravamen, si ex duobus filiis unus alteri substitueretur reciprocè, ità ut qui priùs moreretur, debetet alteri restituere suam legitimam tanquam fideicommissum. (aliud esset de substitutione pupillari, ut suprà dictum, & tenet cum glossa & aliis Grassus *q. 38. n. 8.* per rationem, quia hujusmodi substitutio commodum potiùs quàm gravamen esse videtur) Neque obstat, quòd Gothofredus in contrarium movet, nempe quòd ex tali reciproco fideicommisso posset filius commodum sperare: nam propter incertitudinem adhuc simpliciter habet rationem oneris, ut bene notavit Grassus *n. 19.*

Secundò, rejiceretur etiam conditio potestativa, quantumvis facillima: adhuc enim habetet rationem oneris, & obstaret libertati, & quia sæpè conditio in se facilis est, personæ tamen particulari ob circumstantias potest esse difficilis & molesta, Rejiceretur ergò hujusmodi conditio usque ad legitimam, non tamen quoad reliquam hæreditatem relictam, quia ut suprà dictum, quoad hæreditatem potest filius institui sub conditione potestativa. Ratio autem universalis est, quia quæcunque conditio etiam facillima, habet in se æstimabile gravamen, nempe cùm pendeat à voluntate filii, saltèm ut filius consequeretur legitimam, eàmque transmittere posset ad suos hæredes, requireretur existentia talis voluntatis: ergo si moreretur ante positam talem voluntatem, non transmitteret, quod est utique gravamen æstimabile.

533. Tertiò, rejiceretur etiam gravamen à legitima voluntaria, hoc est, quam liberè pater posset vigore statuti constituere in minore quantitate. Ratio est, quia licèt sit libera quoad quantitatis designationem, eò quòd statutum det patri hanc facultatem, per hoc tamen non censetur correctum Jus commune, volens legitimam relinquendam sine onere.

Quartò, si filius universalis hæres institueretur, uxori verò legaretur usufructus ad tempus vitæ, legatum non valeret quoad legitimam, nam in hac filius & proprietatem & usumfructũ haberet, per *auth. Novissima. C. de inoff. test. in fine.* ibi. *cujus portionis nec usufructu defraudari liberi à parentibus possunt.* in qua authentica correcta est lex 37. *ff. de Usufructu per legat. relict.* ubi contrarium respondit Scævola, in hoc casu. [Uxori meæ usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim: quæsitum est, an prædiorum tam rusticorum quàm urbanorum, &c. ad uxorem pertineat. Respondit, secundùm ea quæ proponerentur, omnium pertinere.

534. Quin-

534. Quintò, si ex statuto aliquo dos est loco legitimæ, etiam dos immunis esse debet ab omni onere, quia tunc succedit in locum legitimæ. quod adeo verum est ex veriore & communiore sententia, ut si doti relictæ adjecta esset hæc conditio: *si nupserit*. non propterea dos esset differenda in eventum nuptiarum, sed adhuc infanti etiam solvenda statim post mortem testatoris esset. Cùm enim sit loco legitimæ, non recipit dilationem. Quodsi tamen dos relicta excederet legitimam, tunc quoad excessum gravari posset, ut patet ex alibi dictis.

Sextò, rejiceretur etiam hæc conditio adjecta dori: ut, si filia sine prole decesserit, dos revertatur ad hæredes testatoris. Ratio. Nam, ut supponimus, dos relicta est loco legitimæ; ergo si dotem in tali casu debetet restituere, careret omni legitimâ, quod est iniquum, vel certè non est ad mentem Statuti.

Septimò, rejiceretur gravamen compensationis, v. g. si pater juberet filium habere legitimam in compensationem debiti alterius quod filio debetur. Jam enim legitima minueretur secundùm debiti quantitatem.

CONTROVERSIA VIII.

Quomodo Filius posßit sibi præjudicare quoad Legitimam.

SUMMARIUM.

535. DUBITATUR 1. An possit sibi præjudicare per renuntiationem, vel Repudiationem. Suprà jam diximus, quòd Repudiatio Hæreditatis, non sit Repudiatio Legitimæ, quia legitima non est pars hæreditatis sed honorum, & est instar æris alieni. Loquendo ergo nunc de Renuntiatione, etiam suprà diximus, Renuntiationem generalem hæreditatis, non esse Renuntiationem legitimæ, ob eandem rationem. Deinde diximus, quòd liberi possint quidem renuntiare legitimæ, sed cum juramento. Quare si filia cum juramento renuntiaret, se, acceptâ dote, velle contentam esse, & nihil ampliùs petere, etiamsi non expressam mentionem legitimæ fecisset, non posset ampliùs quidquam, ne quidem supplementum petere: quia hæc videtur fuisse mens jurantis. Et ità constitutum est Iure Bavarico *tit. 36. a. 6.* dummodo filia congruam dotem acceperit.

536. DUBITATUR 2. An possit sibi præjudicare per agnitionem vel approbationem Testamenti. ℞. Negativè, si non expressè cessit jure suo quod habet ad legitimam vel ejus supplementum. *lege 35. §. 2. ibi.* [Non adjiciens, nullam sibi superesse de repletione quæstionem, nullum sibi filium facere præjudicium, sed legitimam partem repleti, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relictâ vel datâ parte de eo quod deest, nullam habeat quæstionem: tunc enim omni exclusâ querelâ paternum amplecti compelletur judicium. Et in hoc iterum correctum est Ius Digestorum.

537. DUBITATUR 3. An sibi præjudicet filius, si negligat facere Inventarium. De hoc plura dicentur infrà. Nunc ex communi DD. respondetur, quòd non amittatur per hoc legitima, sicut Falcidia; nam de Falcidia hoc statutum est, non item de legitima. Quodsi filius nullo modo probabiliter ostendere posset, quantæ fuissent vires Hæreditatis, tunc ad Iuramentum admitti posset.

538. DUBITATUR 4. An filius possit sibi præjudicare, occupando legitimam propriâ auctoritate. ℞. Exspectandum illi esse, donec à Iudice assignetur, vel jam assignata ab universali cohærede solvatur; alioquin si propriâ authoritate occupaverit, incidet in pœnam legis septimæ *C. unde vi.* de qua actum est *tomo. 1. tract. 3. de Possessione.* nempe dominium illius amittet. Ratio etiam patet ex dictis. Nam legitima debetur ex singulis rebus hæreditatis, & quidem deducto priùs ære alieno, & funeralibus: ergo si filio liceret præoccupare suo arbitrio, fortassis optima acciperet, & plus quàm illi competeret. Ratio ulterior sumitur à paritate. Quemadmodum enim debitori non licet unum pro alio, invito creditori, solvere, ità justissimum est, ut creditor habens sibi devinctam unâ rem nō possit invito debitore aliam accipere. Alia etiam ratio continetur in lege 2. *C. quando & quibus quarta.* nempe, ne per hujusmodi licentiam bona defuncti cum cæterorum successorum præjudicio lacerentur. Denique Iuris ordo postulat, ut quisque sibi debitum iis Iuris remediis consequatur, quæ ad hoc constituta sunt; quæ autem illa sint, jam dicemus.

CON-

CONTROVERSIA IX.

Quo Iuris Remedio Legitima, vel ejus supplementum obtineatur.

SUMMARIUM.

Competit actio ex testamento: *vel* familiæ Ercifcundæ. 539.
An competat Hæreditatis petitio. 539.
Ad supplementum consequendum datur Condictio ex lege. 540.

539. DICENDUM 1. Si tota legitima petatur, competit Actio ex testamento, vel etiam actio familiæ Ercifcundæ. arg. *l.* 2. §. 1. *ff. fam. ercisc.* [Si quarta ad aliquem arrogatum deferatur, ex constitutione Divi Pii, quia hic neque hæres neque bonorum possessor sit, utile erit familiæ ercifcundæ judicium necessarium.]

DUBITATUR tamen, an competat Hæreditatis petitio (de qua exstat titulus tam in Digestis quàm in Codice, & explicabitur infrà.) Negant Alexander, Adrianus, Ant. Cuccus apud Grallum *q.* 48. *n.* 1. Rectiùs tamen alii affirmant post Baldum, quibus accedit Schneidewein apud Manzium *q.* 54. Ratio est, quia jure novo debet in legitima fieri institutio: ergo accipitur tanquam hæreditas. Neque obstat, quod suprà dictum est, legitimam esse partem bonorum, non hæreditatis. ibidem enim diximus quo sensu id intelligendum sit, & quòd sit etiam pars hæreditatis materialiter spectatæ, etsi non formaliter, quantùm ad incommoda hæreditatis. Unde cum eodem Baldo contra Grassum *q.* 1. *n.* 6. & alios dicendum consequenter est, quòd etiam competat Beneficium possessorium ex lege fin. *C. de Edicto D. Adriani tollendo.* de quo etiam egi to. 1. loco citato. ibi. [Sancimus, ut si quis ex asse vel ex parte institutus, competenti judici testamentum ostenderit, mittatur quidem in possessionem earum rerum quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, & eam testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in judicio competenti, causæ in possessionem missionis & subsecutæ contradictionis ventilentur, & ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit.

540. DICENDUM 2. Ad consequendum supplementum legitimæ non integrè relictæ, datur *Condictio* ex lege, nempe ex *l.* 30. *C. de inoff. testam.* jam sæpiùs adducta. Porrò Condictiones, cùm sint actiones personales, non nisi 30. annis præscribuntur & exspirant, quod etiam in puncto præsenti statutum est Iure Bavarico *tit.* 36. *a.* 12. Neque obstat id quod objicit Bartolus. quòd actio ad supplementum sit subrogata in locum querelæ: ergo sicut querela non nisi quinquennium durat, ità nec actio ad supplementum. Ad hoc enim optimè respondent Gomez & Huonius, hanc actionem esse introductam odio querelæ, & ad eam submovendam, & ideo non sapit ejus naturam: neque proinde locum habet regula, quòd subrogatum ejusdem conditionis sit cum eo cui subrogatur; ut pleniùs declarat Gail *vol.* 2. *obser.* 120. *n.* 8. & 9. ostendendo disparitatis rationem. Nam querela ad rescindendum & penitus evertendum testamentum competebat, & ideo est odiosa: jus verò petendi supplementum ejus, respicit & intendit conservationem testamenti, & ideo favorabile est. Quare hac actione non solùm supplementum legitimæ, sed etiam fructus illius à tempore mortis testatoris petuntur.

CONTROVERSIA X.

De Collatione Bonorum, à quibus Personis sit facienda, & quænam bona à patre in vivis accepta sint post mortem conferenda, vel in legitimam computanda.

§. I.

De Personis quæ Conferre debent.

SUMMARIUM.

Definitio Collationis bonorum. 541.
Refertur c. 6. Novellæ 18. *eod.*
An etiam ascendentes debeant conferre quod dono acceperunt à filio. 542.
Intellectus legis 1. §. 1. *ff.* de collat. bonor.. 543.
An collatio sit necessaria in casu neglecti temporis petendæ bonorum possessione ex capite. Unde liberi: *succedendo ex capite* unde legitimi. 544.
Objectionibus satisfit. 545. & *seqq.*
An sibi conferant filii & nepotes, si nepotes und cum filiis succedant. 548.
An locum habeat collatio, si statuto excluduntur feminæ à successione ab intestato, pater autem instituat heredes filium & filiam. 549.
An emancipati conferre debeant emancipatis, si soli succedant. 550.
Sui cum suis conferre debent bona profectitia. eod.
Quid de Emancipatis. eod.
Solvuntur argumenta contraria. 551.
An aliquo casu cesset collatio bonorum ex præsumpta voluntate defuncti. 552.
Intellectus legis 39. §. 1. *ff* fam. ercisc. 553.
An in succedētibus jure diverso sit locus collationi. 555.

Regula

❧ (o) ❧

541. Collationem Bonorum definit Treutlerus *vol.* 2. *d.* 17. th. 1. quòd sit [Rei propriæ in commune illatio, ut hæreditati communi permixta inter omnes cohæredes æqualiter dividatur. *Paulò aliter & in eundem sensum definit P. Molina. d.* 237. Est allatio in communem bonorum parentis defuncti acervum, ex quo legitima debetur, eorum profectitiorum bonorum, quæ afferentis effecta erant, ut cum aliis tanquam hæres in eo succedat.

Circa hanc bonorum Collationem, posthabitis illis quæ Iure antiquo tum Digestorum *l.* 1. *& seqq. ff. h. t.* tum etiam Iure Codicis *l.* 17. *& seqq. C. eodem* observabantur, præ oculis habendum est Novellæ 18. caput 6. quod sic habet. [Illud quoque benè se habere credimus hac lege complecti: prioribus enim legibus, volentibus, in Collationibus, si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundùm earum virtutem fieri: si verò testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus, sed res habere per dotem fortè, aut alio modo datas: & quæ sunt relicta defendere: nos sancimus, non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus, quoniam incertum est, ne fortè oblitus datorum, aut præ tumultu mortis angustiatus hujus non est memoratus, omnino esse collationes, & exinde æqualitatem secundùm quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre, & quod jam datum est, & ex jure testamenti: omnibus quæ priùs de collationibus à nobis sancita sunt, in sua virtute manentibus.]

Ex qua Novella liquet, hodie tam ab emancipatis quàm suis omnia illa esse conferenda, quæ erant olim Iure Codicis conferenda, si pater ab intestato decessisset, nisi pater expressè testetur, se aliqua nolle conferri: sed de hoc infrà pleniùs.

542. QUÆRITUR 1. An non solùm descendentes debeant conferre, verùm etiam ascendentes, quando descendentibus succedunt, si quid à filio in vivis dono acceperunt. Affirmant Decius *in legem* 17. *C. de Collat.* & Sichardus *ad rubr. tit. C. de Collat. n.* 11. Negativa tamen est communis aliorum, quam etiam ex Theologis sequitur Molina & Lugo LL. cit. Probatur. Quia Iure antiquo certum est, ascendentibus non fuisse necessariam collationem: atqui hoc nullo novo Iure mutatum est, nec hæc necessitas unquam ad ascendentes extensa: ergo manet in suo vigore jus antiquum. Ratio autem, cur in ascendentibus hoc non sit constitutum, poterat esse hæc, quia cùm præter naturæ stylum sit, ut filii ante parentes decedant, non est credibile, quòd ea quæ filius uni parenti præ altero in vivis dat, eâ intentione det, quâ solent multa dare parentes liberis, ut post mor-

tem in legitimam computentur, sed potiùs præsumitur plenâ & absolutâ liberalitate dedisse, quia filii non provident parentibus, sicut parentes filiis.

543. Objicit Baldus. Cuicunque debetur legitima, illi est necessaria collatio. Sed parentibus debetur legitima. ergo. Respondet Hunnius negando majorem, quam dicit esse somnium Baldi. Simili modo negandum est aliud principium adversariorum, & est hoc. *Inter eos dabitur collatio, quibus bonorum possessio data est. l. 1. §. 1. ff. de Collat.* Respondetur inquam, hunc textum esse accommodandum verbis præcedentibus, ubi Collatio bonorum solis descendentibus conceditur & imponitur, nempe quòd illis solis liberis competat beneficium & onus collationis, quibus competit & datur bonorum possessio.

544. QUÆRITUR 2. An Collatio habeat locum, & sit facienda in casu quo unus ex liberis, qui poterat venire ad bonorum possessionem ex capite *unde liberi*, sed neglexit tempus petendæ bonorum possessionis, ex capite *unde liberi*, vel ut sic repudiavit, deinde vult succedere ex capite *unde legitimi*, vel *unde cognati*, adeoque vult concurrere cum aliis cognatis tanquam cognatus: quæritur, inquam, an reliqui cognati vel legitimi hæredes teneantur ad collationem bonorum, & an talis filius teneatur. Affirmat Treutlerus post Jasonem, Fulgosium & alios *vol. 1. disp. 17. th. 2.* Negativam defendit rectiùs Hunnius *in Treutl.* cum aliis quos citat. Probatur 1. Inter cognatos vel extraneos collatio non datur, ut fatentur omnes, atqui si filius succedat ex capite *unde cognati*: consideratur ut extraneus, & sicut alii cum quibus in successione concurrit. ergo, &c.

Probatur 2. Cognati excluduntur à liberis si qui existant: ergo si filius succedat ut cognatus, adeoque ut exclusus à liberis, non gaudebit beneficio Collationis. Probatur consequentia. Quia difficiliùs inducitur Collatio, quàm successio: nam in successione agitur de bonis alienis, sicque de dando vel auferendo lucrum succedentibus: in Collatione autem de bonis propriis jam quæsitis agitur, adeoque de damno evitando. cùm ergo cognati non admittantur ad successionem cum liberis, iniquè cogerentur conferre, si quis ex liberis vellet concurrere ut cognatus.

545. Objiciunt 1. Ubi est eadem ratio, debet esse eadem Iuris dispositio, sed ratio collationis etiam subest in casu nostro, nempe ut servetur æqualitas, quæ ratio habetur in lege 17. *C. h. t.* ergo debet collatio etiam sustineri in casu quo filius succedit ex capite *unde cognati*. ℞. Argumentum nimiùm probare, nempe quòd etiam collatio locum haberet, quando soli cognati in quocunque gradu succedunt, quod nemo dicit. Ergo hæc æqualitas in solis liberis à lege intenditur, ex præsumpto æquali affectu parentum, quando aliud non expresserunt.

Objiciunt 2. Ex eo quòd filius velit succedere ut cognatus, non desinit esse ex liberis. ergo ut talis considerandus est. ℞. Nego consequentiam: talis enim considerandus est, qualis ipse considerari vult: ergo dum vult succedere Iure 8 titulo Cognatorum, debet & vult considerari ut cognatus.

546. Objiciunt 3. Quoties concurrunt causa Naturalis & causa per accidens seu casualis, toties attenditur causa naturalis: atqui quòd sit filius, habet causam naturalem; quòd veniat ut cognatus, habet causam per accidens. ergo considerandus est ut filius. Respondetur negando majorem. nam ut benè tradit Hunnius *l. c. litt. A. q. 2.* quando aliqua persona habet duas qualitates, juxta quas sortitur diversas considerationes & respectus, tunc ille respectus præcipuè attendendus est, cujus qualitatis & respectûs intuitu aliquid illi defertur, etiamsi non fuerit naturalis & principalis. Aliter etiam respondetur, distinguendo majorem. quando qualitati naturali non est renunciatum, conceditur, secùs negatur. atqui filius repudiando, vel negligendo, tacitè vel expressè renuntiat titulo & causæ naturali & principali, nempe titulo *unde liberi*: ergo &c.

547. Objiciunt 4. Filius ideo admittitur ad successionem *unde cognati*: quia admittitur jure civili; nam si hoc jure non admitteretur, excluderetur: sed de jure civili habet jus succedendi tanquam filius, non autem tanquam agnatus vel extraneus. ergo etiam ex Edicto *unde legitimi*, succedit filius ut filius. ℞. Hoc argumentum potiùs probaret, quòd factâ repudiatione, vel neglecto tempore, nullo modo ampliùs succedere posset, ullo titulo: quia jure civili vocatur ut filius: ergo hoc titulo per repudiationem excluso, nullus superest. Respondetur directè, filium Iure Civili non admitti solùm ut filium, sed etiam ut agnatum, alioquin evanesceret fundamentum præsentis controversiæ. & habetur *l. 12. ff. de suis & legitimis. filius patri agnatus proximus est.* & ideo filius ad bonorum possessionem *unde legitimi,* non idcirco admittitur, quia jure civili poterat succedere ut filius, sed sub alia formalitate, nempe quia jure prætorio potest succedere ut agnatus. Quatenus autem succedit ut agnatus, non gaudet beneficio Collationis, neque illo gravatur.

548. QUÆRITUR 3. An sibi conferant Filii & Nepotes, si Nepotes unà cum Filiis testatori succedant. Respondent DD. communiter affirmativè, per legem. 17. *C. h. t.* ubi satis clarè habetur in fine, quòd nepotes & nepotes conferant, quando repræsentant suos parentes, & cum vivis filiis in eodem gradu proximo censentur. Verba sunt. [Talem igitur subtilem du

b: ationem amputantes, præcipimus tam filios vel filias defunctæ personæ dotem vel ante nuptias donationē à parentibus suis sibi datam con- ferre nepotibus vel neptibus mortuæ personæ, quàm eosdem nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam & materteris dotem vel ante nuptias donationem patris sui, vel matris, quam pro eo vel eâ mortua persona dedit, similiter conferre; ut commixtis hujusmodi collationibus cum bonis mortuæ personæ, duas quidem partes nepotes vel neptes habeant, illius portionis, quæ patri vel matri eorum, si superesset, deferebatur: tertiam verò eiusdem portionis partem, unâ cum sibi competentibus portionibus filii vel filiæ defunctæ personæ, cujus de hæreditate agitur.] Secundùm hanc legem intelligendæ sunt aliæ, quæ non ità clarè exprimunt, quòd nepotes debeant esse in eodem gradu: cuiusmodi est lex fin. *C. communia utr. judic.* & lex 17. C. *h.t.*

549. QUÆRITUR 4. Si aliquo statuto, masculis exstantibus excluduntur fœminæ ne succedant ab intestato, pater autem instituat hæredes tam filiam quàm filium, an hoc casu locum habeat Collatio. Affirmat Sebastianus Sapia *in l. 19. cit. n. 63.* quem sequitur Hunnius. Ratio est. Quia per hujusmodi Statuta non excluduntur fœminæ à legitima, sed hanc petere possunt: ergo necesse est, ut conferant, quæ antecedenter acceperunt, alioquin masculi læderentur, in quorum favorem Collatio bonorum introducta est: ut ergo constet, quantùm de legitima desit, collatio acceptorum facienda est.

Objici posset. Ius collationis non habet locum nisi inter illas personas, quibus datur bonorum possessio contra tabulas *l. 1. §. 1. ff. de Collat.* Atqui filiæ per statutum exclusæ à successione ab intestato, non competit bonorum possessio contra tabulas: ad quid enim vellet evertere testamentum, & rem ad successionem ab intestato reducere, si ipsa non potest succedere ab intestato? Respondet Hunnius, negando minorem. cùm enim Ius ad legitimam habeat, in eámque ab intestato succedat (nam hoc non prohibetur statuto) habebit hoc ipso bonorum possessionem contra tabulas.

550. QUÆRITUR 5. An, sicut jure novo *sui suis*, & emancipatis, & emancipati etiam suis conferre debent, ità etiam emancipati debeant conferre emancipatis, si soli simul succedant. Affirmant Bartolus, Alexander & alii, quos refert Fachineus *lib. 5. c. 77.* Corasius & Cujacius apud Hunnium limitant hanc sententiam, ut non omnia, sed solam profectitiam dotem & donationem propter nuptias conferre debeant. Tertia sententia, quam nullo citato auctore tenet Hunnius, sed ante ipsum tenuerunt Paulus Castrensis, Aretinus, Romanus, Corneus, Decius, quos refert & sequitur idem Fachineus, negat, quòd quidquam conferre teneantur, exceptâ dote & donatione propter nuptias.

Imprimis omnes conveniunt, quòd quando *sui* cum *suis* concurrunt, conferre debeant bona profectitia, dotem, donationem propter nuptias. si hæc provenerunt ex bonis patris. Secundò, certum est emancipatos conferre suis. *l. 6. C. h. t. Ea demum ab emancipatis fratribus his qui remanserunt in potestate, conferri consueverunt, quæ in bonis eorum fuerunt, eo tempore quo pater fati munus implevit, exceptis his videlicet, quæ ipsi aliis debent.* De Emancipatis ergo est quæstio. in quo postrema sententia in puncto Iuris vera est, quidquid sit de locorum Consuetudine, de qua mihi non constat.

Probatur ex lege 9. C. h. t. *Si emancipati utrique à patre fuistis, collatio cessat.* quo textu non video quid apertius esse possit. Probatur 2. Iure antiquo certum est, quòd emancipati sibi non contulerint. Sed hoc jus nullibi est correctum: ergo adhuc subsistit. Minor probatur. Si esset correctum, maximè in lege 17. Cod. eod. ubi (ut argumentantur Adversarii) à principio proponit Imperator, generaliter liberos, sive sui sint, sive emancipati, conferre debere. Deinde in fine. [Emancipati videlicet liberis utriusque sexûs pro tenore præsentium legum ea quæ in ipsa emancipatione à parentibus suis, ut adsolet fieri, consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem parentibus acquisiverint, collaturis] Sed hac lege non corrigitur illa prior, in eodem titulo & Codice posita. Nam potiùs ex hac lege confirmatur assertio. advertenda sunt enim illa verba. *Pro tenore præsentium legum.* Tenor autem præsentium legum est, ut emancipati conferant suis, ut patet. solùm ergo vult hic textus, quòd emancipati debeant conferre suis non solùm quæ in ipsa emancipatione, sed etiam quæ postea acceperunt à parente. ut etiam observârunt Antonius Faber. *errore pragm. 8.* Gilkenius *in d. legem 9. n. 5.*

551. Objiciunt. Si sui debent conferre emancipatis, multò magis debebunt emancipati emancipatis conferre: nam suis magis faveri solet, quàm emancipatis in edicto Collationum, quod in suorum gratiam propositum est. Respondetur, hoc argumentum esse à sensu contrario, quod non stringit, quando in contrarium habetur clarus textus.

Dicet aliquis. ergo Imperator Leo in lege 17. nihil novi statuit, quod non jam antè constitutum esset. Ad hoc optimè respondet Fachineus, in hac parte noluisse Imperatorem aliquid novi statuere, hoc ipso quòd se ad antiquas leges referat. Cæterùm, ejus Constitutio habet suam utilitatem quoad dotem, & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat ex eo, quòd dos & donatio propter nuptias conferri debeant tam à suis quàm ab emancipatis,

cipatis, & tam suis quàm emancipatis, ao idem esset de aliis bonis (& de hoc est præsens dubium) quæ à patre donantur emancipatis, ut similiter cooferenda essent tam suis quàm emancipatis: respondet Leo, ejusmodi bona esse ab emancipatis cooferenda juxta reoorem legum præsentium, & consequenter non emancipatis, sed suis, sic enim leges præcedentes constituerunt.

552. QUÆRITUR 6. Utrum nullo casu cesset collatio bonorum ex tacita & præsumpta Voluntate defuncti, eò quòd Novella 18. cap. 6. requirat expressam prohibitionem defuncti. Habere in aliquo casu locum tacitam & præsumptam prohibitionem defuncti, tenent Baldus, Alciatus, Decius, Cravetta, Surdus quos refert & sequitur Fachineus *lib. 5. c. 78. litt. D.* item Cagnolus *ad leg. 9. C. h. t. n. 22.* Cuiacius *ad eundem titulum.* & videtur supponere Ant. Perez. *in eund. tit. n. 6.* dicens: quaoquam & interdum tacitè videatur testator collationem prohibuisse, eo nimirum casu, quo singulis hæredibus certas hæreditatis partes assignavir, easque integras jussit accipere, nec quidquam de collatione cavit. Ego tamen putarem, quòd, quaodo testator expressè diceret, ut tales partes integras acciperent, hæc esset satis expressa prohibitio collationis. Deinde ex hac doctrina infert idem Auctor, quòd in legatis, fideicommissis, mortis causâ donatiooibus, collatio cesset. Verùm, io his cessat quidem collatio, sed ex alio capite, quàm ex præsumpta prohibitione, nempe propter tempus acquisitionis, quæ contingit post mortem testatoris, licèt initium habuerit in ejus vita: nam ea tantùm recipiunt collationem, quæ vivo eo quasi ab ejus patrimonio abscesserunt, ut dos, donatio propter nuptias, & alia de quibus infrà dicetur.

Ego autem existimo requiri expressam prohibitionem, (exceptis illis pro quibus juris præsumptio stat, de quibus infrà agetur) propter clarum textum Novellæ. c. 18. quem suprà recitavi. ad quem sanè nullam invenio probabilem respoosionem apud adversarios. Quodsi mihi dicerent, Taciti & Expressi eandem vim esse, reponerem, hoc non posse universim verum esse, cùm videos sit, inter *tacitum & expressum* esse aliquam oppositionem, alioquin stultè Imperator requireret expressam prohibitionem, dicendo: *nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem.* Tunc ergo solùm verum est, quando *Expressum* non expressè à lege requiritur. Et ità etiam sentit Hunnius.

553. Objiciunt adversarii legem 39. §. 1. *ff. fam. herifcunda.* ubi dicitur, quodsi pater ab intestato inter liberos suos vel emancipatos, & eos, quos habet in potestate, diviserit omnia bona sua, & indivisum nihil reliquerit, videatur exclusisse munus collationis. ℞. Hoc ipsum est, quod ego paulò antè dixi contra Perez, hoc casu non videri tacitâ sed expressam prohibitionem. Verùm, quidquid de hac lege sit, ea est Iuris antiqui, nos autem insistimus Iuri novo, adeoque vel dicendum est, illam legem esse correctam, vel (quod magis placet) ibi contineri satis expressam voluntatem defuncti, ità enim Scævola scribit. *Respondi, secundùm ea, quæ proponerentur, si pater nihil indivisum reliquisset, rectiùs dici NB. ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.* Et sanè, divisio facta erat secundùm res singulas, quia facta est in Codicillo. casus enim est iste. Intestatò moriens Codicillis prædia sua omnia & patrimonium inter liberos divisit, ità ut longè amplius filio, quàm filiæ relinqueret. Quæsitum est, an soror fratri dotem cooferre deberet. Responsum est, quòd non. quare? quia hæc inæqualis rerum in particulari divisio, est satis clarum signum voluntatis, quòd filia dotem priùs jam acceptam habere debeat loco illius excessûs, quo filius ultra filiam est honoratus.

554. QUÆRITUR 7. An locum habeat collatio, quando extraneus cum liberis est hæres institutus. ℞. In tali casu si plures suot liberi, illi quidem sibi invicem conferre debent, sed extraneo oon debent conferre, quia nec extraneus illis. hoc enim nullo jure constitutum est.

555. QUÆRITUR 8. An qui Iure diverso succedunt, v. g. unus ex testamento, alius ab intestato (prout in certis casibus fieri posse suprà ostensum est) sit locus collationi. Negativam putat Hunnius propiùs ad veritatem accedere. Affirmativa tamen est communis, eámque tradit Fachineus *l. 5. c. 79.* & Ant. Perez. *n. 8.* & quidem antiquo Iure Digestorum non habuisse locum, satis apertè continetur in *l. 6. ff. de collat. dotis*: [*Pater filium emancipatum hæredem instituit, & filiam exhæredavit, quæ inofficiosi lite perlatâ partem dimidiam hæreditatis abstulit. Non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi.* & l. 7. additur. *Nec ipsa dotem fratribus suis conferet, cùm diverso jure fratres sunt hæredes.* Quæstio ergo est, an jure novo sit correctum; & hoc arbitrantur affirmativæ sententiæ patroni, per Novellam 18. *c. 6. & auth. ex testamento. C. h. t.* Verùm Hunnius ait, ne verbulum quidem in illis textibus occurrere, ex quo tale quid elicere liceat. Ego autem puto satis clarè ibi contineri. Nam authentica sic habet. *Ex testamento & ab intestato cessat dotis & aliorum datorum collatio, ità demum si parens hoc designavit expressim: aliis, quæ de collatione dicta sunt, suum robur obtinentibus.* ergo si parens id non expressim designavit, non cessabit.

Dicent adversarii, esse hæc intelligenda, si vel omnes ex testamento, vel omnes ab intestato, adeoque eodem jure succedant. Verùm, hoc nullo verbulo indicatur, sed sine hujusmodi restrictione sit paritas utriusque successionis. debe-

ret Hunius ostendere, quòd causa instituendi collationem, quæ est æqualitas, non æquè locum habeat in casu mixtæ successionis, atque habet in casu simplicis successionis. Clariùs hoc habetur in Nov. 18. c. 6. quam suprà jam recitavi. ubi ideo collatio admittitur in utroque succedendi jure, quia incertum est, ne fortè testator oblitus datorum, aut præ tumultu mortis angustiarus, hujus non est memoratus, quod jam priùs dederat.

556. Adducitur etiam pro sententia affirmativa *lex 10. ff. de Collat. Si filius in potestate constitutus hæres institutus adeat, & emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas ipse non petat, nec conferendum est ei. & ità edictum se habet. Sed magis sentio* (inquit Scævola) *ut quemadmodum pro parte retinet hæreditatem jure eo, quòd bonorum possessionem petere posset, ità & conferri ei debeat. utique cùm injuriam per bonorum possessionem patiatur.* Ad hunc textum utpote clarissimum, aliud non habent Adversarii, Faber & ex eo Hunnius, quod respondeant, quàm, totum illum versiculum: *Sed magis sentio:* esse spurium, & auferendum. Sed nota est in hujusmodi censuris Fabri audacia, nec multùm illi deferendum.

§. II.

De Rebus quæ Conferri debent.

HActenus egimus de Personis, in quibus locum habet Collatio. nunc de Rebus conferendis vel non conferendis, agendum est. In quo puncto,

557. Regula generalis posset esse hæc. Illa solùm sunt Collationi subjecta, quæ accepta sunt ab eo, & ex ejus bonis, ex cujus bonis legitima debetur. *l. 29. C. de inoff. testam. in fine. si ex substantiâ ejus profecta sit, de cujus hæreditate agitur.* Dixi. *ea solùm.* non *ea omnia*, ut patebit ex dicendis. Vnde Infertur. 1. Si quid avus, vivente patre, donavit nepoti, nepotem non debere illud conferre, si deinde avo succedat, v. g. quia ipsum hæredem scripsit, Ratio est, quia ex bonis avi non debetur nepoti legitima, vivente patre. Idem dicendum est de avo materno donante aliqua filiis suæ filiæ, quos postea hæredes instituit. Ità communis apud Gabr. Vasquez. §. 5. n. 36.

Infertur. 2. Bona adventitia non esse conferenda. Ratio est. Quia licèt ususfructus spectet ad patrem, proprietas tamen omni jure, & non merè ut profectitia, spectat ad filium, & non sunt ex substantia patris *l. fin. C. h. t. ibi ut res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subjaceant.* Idem à fortiori dicendum de Bonis Castrensibus vel quasi Castrensibus. & habetur. *l. 3. §. 15. ff. de Collat. Nec Castrense, nec quasi Castrense peculium fratribus confertur.*

Infertur. 3. Sola bona profectitia, quæ proveniunt ex patre vel matre, vel linea paterna aut materna, conferenda in legitimam portionem, quæ obvenire debet vel à patre vel à matre: non tamen omnia profectitia sunt computanda, sed quæ specialibus legibus computari jubentur, ut habetur in *l. 20. C. h. t.* his verbis. [Hæc autē regula, ut omnia quæ portioni quartæ (i. e. *legitimæ*) computantur, etiam ab intestato conferantur, minimè è contrario tenebit, ut possit quis dicere, etiam illa quæ conferuntur, omnimodo in quartam partem his computari, qui ad inofficiosi querelam vocantur. Ea enim NB. tantummodo ex his quæ conferuntur, memoratæ portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.]

560. Regulam traditam subtiliùs exponit Antonius Perez n. 14. dicens, Regulam generalem, quòd ea conferenda sint, quæ imputantur in legitimam, non sic accipiendam esse, quòd uno eodémque casu *imputentur* in legitimam, & *conferantur*. Nam hæc fiunt in diverso genere successionis. Imputatio quidem in legitimam fit, quando succeditur ex testamento, ut restamentum per illam imputationem sustineatur, cessante querelâ inofficiosi testamenti: collatio verò fit, cùm ab intestato succeditur. Deinde non omne id, quod in legitimam computatur, etiam conferendum est, nam relictum à patre liberis imputatur in legitimam, sed non confertur, quia primùm post mortem patris acquiritur. Hoc ipsum tamen aliqui limitant, & dicunt, illa quæ vivo patre accepta sunt, & conferri, & in legitimam imputari: ea verò quæ in ultima voluntate relicta sunt, non conferri, quamvis imputentur. Sed de hoc infrà.

Præterea etiam pro Regula observanda est distinctio inter ea quæ à parentibus donantur liberis ob causam, & quæ donantur donatione simplici. Ob causam donari, hoc loco non est donari donatione remuneratoriâ, sed quæ donantur ad aliquid necessarium, utile, aut pium, v. g. dos, donatio propter nuptias: & hæc debere conferri, & in legitimam computari, nisi aliud testator expressè cavisset, conveniunt DD. & habetur in auth. *ex testamento.* C. h. t. suprà recitata. Quæ verò donatione simplici donata sunt, an sint conferenda, est controversum. de quo dicemus infrà.

Ut hæ Regulæ meliùs & sine confusione intelligantur, ad particularia descendendum est, prout faciunt communiter omnes Interpretes. Itaque

561. QUÆRITUR 1. An & quomodo Dos & Donatio propter nuptias sint conferendæ. Et quidem imputari in legitimam, habetur lege 29. *C. de inoff. test.* ibi. [Non tantùm

tùm eandem vel donationem conferri, verùm etiam in quartam partem ad excludendam inofficioſi querelam tam dotem datam, quàm ante nuptias donationem præfato modo volumus imputari, ſi ex ſubſtantia ejus profecta ſit, de cujus hæreditate agitur.] Quòd autem etiam conferendæ ſint, habetur inſuper in *L. pen. §. 1. h. t.* qui textus commodiùs infrà referetur, quando dicetur, an ſimplex donatio ſit conferenda. In collatione tamen dotis & donationis propter nuptias, aliqua ſunt ſingulariter obſervanda. Vel enim dos, &c. eſt tantùm promiſſa, vel jam tradita. Si tantùm eſt promiſſa, tunc quidem non confertur reipsâ, ſed confertur quaſi virtualiter & æquivalenter, nempe per cautionem deſenſionis ſeu liberationis, hoc eſt, filia debet cavere fratribus cum quibus ſuccedit, quòd adverſus maritum, cui dotis exactio competit, ſint defendendi. *l. 2. C. h. t.* [Si pater inteſtatus deceſſerit relictis duobus filiis, & filiâ cujus nomine dotem promiſerat: portiones hæreditatis æquæ ſunt; & dos nihilominus itâ conferenda eſt, ut pro portionibus fratres ejus à neceſſitate præſtandæ dotis liberentur.] Itaque in tali caſu, ſi filia ſuam æquam portionem ab inteſtato conſecuta eſt, non poteſt maritus dotem aliam vi promiſſionis à fratribus exigere, ſed illa portio erit loco dotis: & hoc modo dicitur dos virtualiter collata. Si verò dos ſoluta fuit: tunc re ipsâ conferenda eſt, hoc eſt, dos confunditur, cum bonis paternis, itâ ut ejus partem fratres accipiant *l. 8. h. t.* [Si ſoror tua in paternorum bonorum diviſione te ſefellit, nec dotem quam acceperat à patre veſtro inteſtato diem functo, contulit: Præſes provinciæ cum bonis dotem conſundi jubebit; & quod deductâ ratione plus apud eam eſſe animadverterit, tibi reſtitui jubebit.] Quod tamen intelligendum eſt (ut benè obſervat Perez) ſi filia dotem jam exegerit facto v. g. divortio, vel defuncto marito. Quodſi nondum ſit ſolutum matrimonium, dos apud maritum exiſtens confertur remiſſione, ideſt, filia tantam partem ex portione bonorum paternorũ ſibi competente fratribus ſuis remittet, quantam ex dote fratres accipere deberent. l. 5. C. h. t. [Dotis quidem petitio, perſeverante matrimonio tibi non competebat: quamvis enim eam, inteſtato patre defuncto, fratri conferre debueras, non tamen eo nomine adverſus maritum tibi actio potuit eſſe: cùm eo minùs in partem delatæ tibi ſucceſſionis patris auferre potueris.] Sed, quidſi dos apud maritum, abſque culpa mulieris periiſſet? tunc non eſſet conferenda arg. *l. 1. §. 23. ff. h. t.* & ex regula generali, quòd debitor ſpeciei liberatur ejus interitu.

562. QUÆRITUR 2. An conferendi ſint ſumptus facti in elocanda filia, cujusmodi ſunt qui fiunt in convivium nuptiarum, & in veſtes pretioſas. Ad hoc reſpondent aliqui ſumptus convivii, non eſſe conferendos: nam licèt nuptiarum causâ ſint facti, ſpectant tamen ad honorem parentis, qui eos fecit, ut videatur non habere animum onerandi filiam eorum collatione. Itâ Perez. Verùm hæc ratio poſſet impugnari ex ſuprà dictis, quòd nempe non ſufficiat præſumptio voluntatis prohibentis collationem, quando res ex modo dandi eſt alioquin conferibilis & conferenda, quia authentica requirit expreſſam prohibitionem. Econtra Andr. Gaill. *vol. 2. obſ. 91. n. 5.* & poſt eum Hunnius volunt, hujusmodi expenſas eſſe conferendas, quia putant, eſſe acceſſorium Dotis. Verùm, hoc nullo jure probant, & per ſe videtur falſum, cùm non ſerviant ad onera Matrimonii ſuſtinenda. Potiùs ergo videtur dicendum, ideo non eſſe conferendos, quia pater non tam per illos ſumptus dat aliquid filiæ, quàm potiùs ipſe ſuam ſubſtantiã ſponte abſumit in honorem & commodum filiæ, ſicut eam poſſet abſumere in honorem & commodum alicujus extranei: unde ſicut nemo diceret, quòd ad filiæ dotem pertinerent illæ impenſæ, quas pater faceret in pretioſum aliquem ſuffitum, quia cenſeretur ſponte velle tales expenſas abſumere, & quas faceret in Symphonia exhibenda, &c. itâ nec quæ parandis cibis fiunt. nam pater in his proprium decorem quærit & intendit, ut obſervavit Mol. Sicut, inquit Card. Lugo, non ſunt conferendæ impenſæ, quas pater facit in celebranda prima Miſſa filii, & ingreſſu filiæ in Religionem. Confirmatur etiam inde, quòd nũnquam nec filia nec ſponſus conquerantur de hujusmodi impenſis fortè liberaliùs à patre factis, quàm filia & ſponſus fieri vellent, ſi cum præjudicio & diminutione dotis fierent: ergo eas non aliter admittunt, quàm quatenus pater ſalvâ dote vult eas inſumere, prout eas inſumere poſſe nemo negaverit: ſi enim hoc poteſt in favorem extranei, cur non & filiæ?

Quoad veſtes eſt ratio dubitandi, quia videntur deberi ſicut alimenta. Reſpondetur tamen, eſſe conferendas ſecundùm valorem, quem habent tempore quo facienda eſt collatio: nam uſus temporis intermedii non eſt conferendus, ob datam rationem, quia eſt inſtar alimentorum.

563. QUÆRITUR 3. Utrum conferenda ſit etiam dos, quam avus maternus, aut mater dedit, in ſucceſſione quâ matri vel avo materno ſucceditur in bonis, ex quibus dos data eſt. Ratio dubitandi eſt. quia dos adventitia jure novo non confertur, ut dictum eſt ex *l. fin. C. h. t.* atqui ſola dos à patre proveniens eſt profectitia, quæ verò ab aliis, adventitia dicitur: ergo non eſt conferenda. Nihilominus reſpondetur, eſſe conferendam in dicta ſucceſſione, & ratione illius haberi pro profectitia *lege pen. §. 1. C. h. t.* quem textum poſtea referam, quia etiam & præcipuè ad aliud propoſitum ſervit, nempe, quo caſu conferenda ſit ſimplex donatio.

564. QUÆ-

564. QUÆRITUR 4. Si pater filio uxorem ducenti promisit aliquam summam annuam, ad alimenta & onera matrimonii sustinenda, quia filius indiget, an deinde acceptam hanc annuam summam conferre debeat. Respondet Molina, & ex eo Lugo, quòd si absit fraus, non debeat conferre. Ratio est, quia talia computantur inter expensas ipsius patris. Unde sicut fructus percepti ex bonis immobilibus filio ad nuptias datis, non debent conferri, sed sola substantia bonorum, quia fructus interim percepti transierunt in alimenta filii conjugati, ità dicendum videtur de annua illa summa.

565. QUÆRITUR 5. An conferendum sit illud patrimonium, quod pater filio pro Titulo Mensæ ad Ordines recipiendos dat. Negativam docuit Gomez *l.* 29. *n.* 21. Sed fundamentum illius nullius est momenti; putat enim quòd tale pertineat ad bona quasi castrensia, quod tamen non est in jure fundatum. Rectiùs ergo esse conferenda affirmat Vasquez. *l. c. n.* 162. & cum eo Lugo. Ratio est, quia se habet sicut dos & donatio propter nuptias: datur enim ob caussam, ut suprà explicatum est: nempe ut Ordines, in quibus aliquo modo spirituale matrimonium continetur, recipi possint. Et ità etiam tenet Covarruvias *cap. Raynaldus* §. 2. *n.* 7. Sed hinc

566. QUÆRITUR 6. An impensæ studiorum subjaceant collationi. Communissima sententia negat, sed rationes quibus eam probare solent DD. non omnes sunt efficaces. Antonius Gomez probat ex eo, quòd hujusmodi expensæ sint loco alimentorum. Sed hanc rationem non admittit Vasquez dub. 7. quia hujusmodi sumptus plerumque multùm excedunt alimenta: ergo saltem quoad excessum essent conferendi sumptus, præsertim qui fiunt in pretiosos libros, in Gradus Academicos consequendos. & tamen de his communiter tradunt DD. non esse conferendos. & quidem Iure Bavarico *tit.* 36. *a.* 10. ità constitutum est, sed cum hac limitatione, nisi pater vel mater filium pro debitore agnovisset, vel jussisset, ut in legitimam ejusmodi sumptus sibi imputari pateretur. quo casu tantum imputatur in legitimam, quantùm filius ampliùs expendit, quàm si domi fuisset. Idem Gomez & alii probant ex eo, quòd hujusmodi expensæ sint veluti bona castrensia, sicut, quibus militi arma comparantur, nam libri sunt arma studiosorum. Hanc etiam probationem ait Vasquez nihil valere, quia nullo jure probatur, esse quasi Castrensia, certè ex lege ult. *C. de inoff. test.* hoc non potest colligi, ut putavit Gomez. De hoc iterum infrà. n. 571.

567. Probatur meliùs Conclusio ex *l.* 50. *ff. fam. erciscundæ*, ubi dicitur. [Quæ pater filio emancipato studiorum causâ peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debitâ ductus: in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur.] Ex quibus verbis patet, quòd non solùm talia non sint conferenda, quando succeditur ab intestato, sed neque esse in legitimam computanda, quando succeditur ex testamento. quia censentur ità donata, ut pater nolit computari. Deinde non obstat, quòd textus loquatur de Emancipato hoc enim ideo factum est à Iure Consulto, ut casum magis dubitabilem decideret: de Emancipato autem erat major ratio dubitandi; quia videri poterat pater eos credendi animo misisse: quæ ratio dubitandi non cadit in filiumfam. nam inter hunc & patrem nulla obligatio nullum creditum intercedere potest.

568. Probatur 2. ex lege 5. *C. ad S. C. Macedonianum*, ubi studiorum expensæ pietati paternæ adscribuntur. atqui quæ ex pietate paterna præstita censentur, illa non repetuntur, si non fiunt ex necessitate, prout ex necessitate dos est danda. censentur enim ex affectu donandi & liberalitate quadam data esse, & ideo non repetuntur. arg. *l.* 11. *C. de Negot. gestis.* ibi. [Si quid autem in rebus eorum (*filiorum*) utiliter & probabili more impendisti, si non & hoc NB. materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes.] Ex quibus verbis rectè ponderatis colligitur, quòd quidquid ex paterno affectu & pietate impenditur liberis ad eorum utilitatem promovendam ultra id quod ex necessitate debetur, tunc solùm repeti possit vel à parentibus, vel ab hæredibus, quando potest probari, datum esse animo repetendi: ergo est præsumptio Iuris, quòd hujusmodi impendantur animo non repetendi. Confirmatur ex lege 20. *C. h.* 1. supr. adducta, ubi dicitur, non omnia profectitia esse computanda, sed ea tantùm, quæ specialibus legibus jubentur computari: atqui sumptus studiorum causâ facti, non solùm nullâ lege jubentur computari, verùm, ut vidimus, potiùs censentur non esse computandi. ergo. &c.

Hæc, tametsi sit doctrina communis, in ea tamen arbitror potiùs attendendam esse consuetudinem, quam Ius commune; nam reverâ omnia quæ adduximus, utcunque solvi possent, si necesse esset.

569. Objici potest. ex *Nov.* 18. *cap.* 6. & *auth. ex testamento C. de Collationib.* ubi dicitur, liberos debere conferre res, quas habent pro dote, *vel alio modo datas.* ergo pecunia quæ filio studiorum causa consummenda datur, si non constet expressè de voluntate patris, erit conferenda, nam illa verba sunt generalia. Ad hoc respondendum est, illa verba esse intelligenda de illis quæ specialibus legibus non eximuntur à Collatione. Ratio sic intelligendi est. Nam licèt leges eximentes impensas studiorum, quas adduximus, sint antiquiores istis in objectione adductis, est tamen regula generalis à nobis explicata in

ta in tract. de legibus, & habetur *l. 80. ff. de reg. Iur.* quòd leges posteriores generales non derogent prioribus specialibus, quia correctio est vitanda, & ideo priorum exceptio est subintelligenda in lege generali posteriore.

570. Restat tamen non leve dubium, quid præsumendum esset de voluntate patris, si filius habuisset bona adventitia, quorum administratio esset penes patrem, qui proinde ex propriis bonis filii potuit subministrare sumptus pro studiis, si subministraret sumptus, non declarando utrum ex propriis filii bonis, an ex suis subministret. P. Vasquez n. 168. post Gomez & cũ eo Molina, atque etiam Lugo, volunt tunc esse præsumendum, quòd tales sumptus facti sint ex bonis filii, adeoque, si filius post mortem consequeretur sua bona adventitia integra, deberet illos sumptus conferre virtualiter (ut suprà in simili de dote diximus) nempe tantò minus deberet sibi sumere ex hæreditate patris. Idem sensit Navarrus in summâ c. 17. *n.* 159.

Contrarium post Bartolum acriter propugnat Hunnius: & quidem de Iure Bavarico mihi non est dubium, quia requiritur, ut pater filium expressè sibi debitorem constituat. De Iure communi non est res satis expedita. Citat pro se Hunnius legem. §. *C. de bonis maternis.* Sed hic titulus tantùm habet. 4. leges, & nihil in illis invenio: citat etiam textum *clarum & rotundum* in *l.* 8. §. *fin. in pr. & versu tum parentes. C. de bonis quæ liberis.* sed nec hoc loco invenio verbulum ad rem faciens. Ego sanè putem, quòd meritò præsumatur ex propriis dare filio illos sumptus, si filium non moneat. Administrator enim debet bona ità administrare, ut quantùm potest, caveat, ne reddantur obnoxia litibus. quare cùm possit certum reddere debitum, & obligationem conferendi, si expressè moneat filium, se illius ex bonis subministrare, & hoc non facit, sibi imputet, si præsumatur de suis dedisse, ne bona administrata litibus subjiciat. Neque solùm Ius Bavaricum huic præsumptioni innititur, sed etiam Ius Lusitanum & Castellanum, teste Molina, quæ expressam protestationem requirunt: & satis etiam colligitur ex verbis legis 50. ff. fam. erciscundæ: ubi dicitur. *Quæ pater filio emancipato studiorum causâ peregrè agenti subministravit, si non NB. credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, &c.* Ecce! probatio requiritur: ergo non sufficit præsumptio.

Circa libros, quos parentes filiis subministrant, dum litteris dant operam, est specialis difficultas, quam tamen multi non advertentes confundunt, & putant idem dicendum de collatione librorum, quod de collatione aliorum sumptuum.

571. Quidam tamen ex speciali ratione putant probari posse, quòd libri non sint conferendi, quia nimirum sunt arma Studiosorum, quos considerant tanquam milites togatos: ergo sicut arma data aliis militibus non sunt conferenda, ità nec sumptus facti in libros. Ità Gomez. Molina verò *d.* 239. *n.* 8. magis approbat doctrinam Bartoli & Navarri, qui distinguunt. Si libri fuerunt quidem pro filio empti, sed non traditi vivo patre, nec facta donatio, tunc volunt esse conferendos, sive filius absolverit studia, & factus sit Doctor, sive non. Si verò traditi erant filio, & filius factus est Doctor aut Licentiatus, aut absolutis studiis jam erat in procinctu ut exerceret, quæ didicerat, non esse conferendos, quia censentur jam bona castrensia.

572. Mihi maximè placet doctrina Card. de Lugo (à qua reipsa non videtur abesse P. Molina prope finem illius disput. 239.) nimirum, libros non esse, sicut alios sumptus transeuntes, sed potiùs sicut alia utensilia (quod etiam dixerat Molina) quæ pater ad usum dat filio, in quibus non censetur proprietatem, sed usum revocabilem illis concedere: adeoque studiis non absolutis ad partitionem conferendos esse: quia non evaserunt bona quasi castrensia, cùm non sint ex studio comparati, neque eo modo dati, quo dantur arma militaturis, ut jam dicam. Si tamen consumpti essent (usu, & non distractione inutili in compotationes vel alias recreationes) idem de illis dicendum, quod de aliis impensis consumptis. Ad fundamentum contrarium respondetur, non esse paritatem inter libros, & inter ea quæ dantur filiis, ut statim filius aggrediatur publicam aliquam functionem, hæc enim evadunt quasi Castrensia, sicut & illa quæ dantur filio statim ad militiam exercendam abituro, censentur inter castrensia: libri enim, qui dantur ad perficienda studia, non dantur hoc modo, ut pateт, sed potiùs dantur, prout darentur aliqua ad addiscendam artem militarem, in aliqua schola, v. g. qui disceret delineare munitiones, seu illa exercitia, quæ deinde serviunt ad militiam exercendam: hujusmodi enim non computarentur inter Castrensia. Et quamvis dicatur, hæc talia esse donata, esset tamen donatio ob causam, ut notavit Molina. Aliud esset, si darentur filio in hunc finem, ut publico litterario officio fungeretur, cujus lucra censentur quasi Castrensia.

573. QUÆRITUR 7. Quid dicendum sit de impensis factis, ut filius visitaret Provincias, addisceret peregrinas linguas, exercitia equestria, &c. Ego juxta superiùs dicta censeo, ut hujusmodi sumptus sint conferendi, esse opus præcedente parentum protestatione, alioquin censebuntur speciali pietatis affectu, sicut alios sumptus, de suo insumpsisse, absque animo gravandi filium, & obligandi ad collationem & imputationem.

574. QUÆRITUR 8. An conferendæ & in legitimam computandæ sint expensæ factæ ad redimendum filium à captivitate, vel liberandum à vinculis, vel à pœna propter delictum

R

ctum imposita vel imponenda. Respondet ad hoc P. Molina *d.* 240. *n.* 3. quòd filius non teneatur adducere in partitionem; quæ pater solvit ut à vinculis eum liberaret aut à captivitate, aut à pœna pro delicto, aut quæ pro litis impensis solvit: & putat hoc colligi ex lege 17. *C. de postlim. rever.* ibi. *Pro pietatis itaque ratione ab hostibus redempto filio, facti te pœnitere, ac de pretio quidquam tractare non convenit.* Quòd si quid horum parens in vita non solvit, solvendum non est post mortem de bonis communibus, sed de sola legitima filii, nisi se in vita obligâsset parens ad solvendum. His addit Lugo: si filius erat in vinculis propter debita, quæ pater pro eo solvit, ut eum liberaret, tunc putat distinguendum esse inter debita. Si enim debita non erant vera, non erunt conferenda quæ soluta sunt; quia soluta sunt ad redimendam injustam filii vexationem. Si verò erant verè debita, pater solvens pro eo videtur mutuare, vel saltèm donare ob causam, quæ donationes sunt conferendæ.

Alii aliter distinguunt. Si pater voluntariè solvit, soluta non sunt conferenda, nec computanda in legitimam, quoniam paternâ pietate ductus videtur. Sin autem ex necessitate solvit, v. g. quia pro filio fidejussit, vel quia ex statuto tenebatur (prout est statutum Bavaricum, obligans patrem ad solvendum pro delicto filii usque ad legitimam) tunc ajunt, imputari in legitimam. Ratio. Quia in necessitatibus nemo præsumitur esse liberalis, sed coactus solvere.

575. Verius tamen mihi videtur, & conformius ad ea quæ hactenus dicta sunt, etiam in priore casu, adeoque sine distinctione esse computanda in legitimam, & etiam conferenda. Ità post alios Ferd. Vasq. §. 30. *n.* 221. & Grassus *q.* 30. Ratio est, quia etiamsi pater motus sit paternâ pietate, hoc ipsum tamen fecit ob causam satis necessariam, & ideo imputandum est. Secùs esset, si pater in delicta filii consensisset, ut communiter omnes tenent, teste eodem Ferd. Vasquio.

576. QUÆRITUR 9. An illud quo pater filio emit officium aliquod, sit in legitimam computandum. Distinguendum est inter officia. Aliqua enim sunt ab emptoribus iterum vendibilia, & transmissibilia ad hæredes, aliqua non. De prioribus conveniunt tam Theologi quàm Juristæ, quòd sint computanda, utpote quæ se haberent instar patrimonii, & donationis propter nuptias, nisi pater expressè contrarium vellet, absque præjudicio aliorum liberorum. De posterioribus Iure Bavarico constitutum est, ut non imputentur. Idem de Iure communi censent esse dicendum Grassus, Manzius & plures alii; & videtur colligi per argumentum à contrario ex lege 30. §. 2. ubi dicitur. [Imputari verò filiis aliisque personis quæ dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem, & illa volumus, quæ occasione militiæ ea pecuniis mortui eisdem personis acquisita, posse lucrari eas manifestum est: eò quòd talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad ejus hæredes perveniat, &c.] Et sanè quòd non esset computandum in legitimam, sed ad summum conferendum, ità ut omnes hæredes æqualiter graventur, colligi videtur ex lege 1. §. 16. ff. h. t. [Sed an id, quod dignitatis nomine à patre datum est, vel debetur, conferre quis in nomine cogatur, videamus. Et ait Papinianus, non esse cogendum: hoc enim propter onera dignitatis præcipuum habere oportere. Sed NB. si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium hæredum onus hoc debitum.]

577. Hinc infert Molina, non esse computandum id, quod pater expendit, ut obtineret filio Beneficium, Commendam, Doctoratum, quia hæc omnia personalia sunt, nec vendi aut transmitti possunt. Idem asserit Grassus, & cum eo Manzius. In quo puncto Lugo n. 211. subtilizat, distinguendo, an pater dederit pecuniam filio, ut eam in hoc expenderet, an verò ipse sumptus fecisset. in priore casu vult esse conferendam, quia data est ob causam. Verùm in Academiis, quando pro gradibus Iura solvuntur, nunquam parentes ipsi pecunias numerant, sed filii promovendi: itaque pater per filium tanquam per instrumentum animatum expendit pecunias, nec est necesse, ut filius suo proprio nomine eas expendat, etiamsi eas à patre acceptas numeret.

578. QUÆRITUR 10. An lucrum, quod facit filius negotiando cum pecunia patris, filio imputetur in legitimam. Respondetur cum distinctione. Vel enim accessit industria pretio æstimabilis, vel non, v. g. si negotiationi seu cambio, seu ad Bancum exposuit. in secundo casu si tale lucrum apud filium remansit defuncto patre, totum conferendum est, quia est profectitium. In priore casu æstimanda est industria, & labor filii, & quod illi respondet, non est conferendum, quia est adventitium. Ità cum pluribus aliis Grassus *q.* 31. Antonius Perez, & re ipsâ consentit Lugo, qui tamen subtiliter advertit, posse quoad hoc esse discrimen inter emancipatum & non emancipatum, eò quòd in potestate constitutus frequentiùs debeat hujusmodi operas patri, & ideo eas non posset æstimare.

Contra secundum membrum resolutionis objicit Casparus Manzius, & putat rem esse valde dubiam. Nam vel filius negotiatur clàm, vel palàm, id est sciente patre. Si clàm, tunc non est extra culpam; nemo autem ex sua culpa lucrum facere, vel ex suo delicto præmium repor-

reportare debet. Si palàm: adhuc verum est, quòd nemo ex alieno lucrum sperare debeat. Nam si pater omnem fructum consequentet & lucrum consequitur, si filio expressè peculium concedit, eò quòd nulla invidia sit, id quod patris occasione profectum fuit, ad ipsum reverti, quidni idem dicamus, si concedit tacitè, id est, si negotiari permittit, ne plus operetur tacitum, quàm expressum.

Hæc tamen objectio à Theologis facilè solvitur. Non enim omne quod fit cum culpa, est incapax lucri; nam qui laborat die festo, culpam committit, & tamen potest pro labore mercédem exigere. Si ergo filius negotiando clàm, peccavit contra obedientiam, pietatem, &c. modò patri nullum damnum intulerit, sed potiùs lucratus sit, potest suum laborem æstimare absque diminutione substantiæ paternæ, ut pater. Deinde quando palàm negotiatur, & pro labore suo, quem non obtulit gratis, petit mercedem, non reportat lucrum ex alieno, sed ex suo, quamvis occasione alieni, quod quidem fieri posse mille instantiis ostendi posset, & patet ex iis quæ *tomo. 1. tract. ult. de modis acquirendi Iure gentium* dicta sunt.

QUÆRITUR 11. An donatio simplex filio facta sit conferenda, vel computanda in legitimam. Card. de Lugo n. 216. dicit, de hoc puncto nec Iura, nec Molinam satis clarè loqui, putat tamen, DD. communiter convenire in illis quæ breviter recenset ibi. quod an ità sit videbimus.

579. Imprimis quidem loquendo de illis donationibus, quæ per Iura non improbantur, quin statim ab initio valeant (quæ autem illæ sint in proprio loco, seq. tomo dicemus) videtur dubitari non posse, quin in legitimam computari non debeant, nec conferri; id quod expressè constitutum est in Iure Bavarico *tit. 36. a.* 10. & satis colligitur ex *l.* 35. §. 2. per argumentum à contrario, quem textum jam suprà retuli. Ratio est, quia pater videtur hac intentione donâsse, ut donatarius rem illam præcipuam haberet, non obstante, quòd per hujusmodi donationem aliqua inæqualitas inter liberos induceretur, alioquin non esset liberalitas, si in naturale debitum legitimæ imputandum esset, ut benè notavit Manzius n. 11.

580. Difficultas est circa illas donationes, quæ ab initio non valent, sed primùm morte donantis confirmantur, & habent vim legati. Et quidem esse in legitimam imputandas, conveniunt etiam DD. & patet ex suprà dictis, quòd legata in legitimæ supplementum imputentur.

Utrum autem conferendæ sint, quando successio fit ab intestato, non conveniunt Interpretes antiqui. Communior tamen inter Recentiores est & recepta sententia, illas donationes non esse conferendas. Hoc tamen est intelligendum, *per se loquendo*. Nam in aliquo casu sunt conferendæ, nempe quando alter filius deberet conferre donationem propter nuptias, vel filia dotem, vel donationem factam ob causam emancipato: tunc enim, ne induceretur inæqualitas inter filios, essent etiam conferendæ donationes illæ quæ morte patris confirmantur. Habentur hæc in *lege* 20. §. 1. *C. h. t.* & est textus notabilis, propter dicta in superioribus. [Ad hæc cùm ante nuptias donatio, vel dos à patre d ta vel matre vel aliis parentibus pro filio vel filia, nepote vel nepte cæterisque descendentibus conferatur: si unus vel una liberorum ante nuptias tantummodo donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit, vel acceperit, alter verò vel altera neque dotem neque donationem ante nuptias à parente suo suscepit, vel susceperit, sed simplicem tantummodo donationem, ne ex eo injustum aliquid oriatur, si ea quidem persona quæ ante nuptias donationem vel dotem suscepit, conferre eam cogenda sit, illa verò quæ simplicem tantummodo donationem meruit, ad collationem ejus minimè coarctanda: si quid hujusmodi acciderit, jubemus ad similitudinem ejus, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quæ nulla dote, vel ante nuptias donatione data solam simplicem donationem à parentibus suis accepit, conferre eam, nec recusare collationem ex eo, quòd simplex donatio non aliter conferetur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit.] Textus est clarus & rotundus.

Præterea huc maximè facit lex *Filiæ* 18. *C. fam. Erciscundæ*, ubi expressè dicitur, hujusmodi donationes haberi præcipuas (hoc est non conferendas) nisi pater contrarium velit. *Filiæ, cujus nomine pater res comparavit, si non postea contrarium ejus judicium probetur, per arbitrium dividundæ hæreditatis Præcipuas adjudicari sæpè rescriptum est.*

581. Huic tamen legi & Resolutioni graviter adversari videtur lex 13. *C. h. t.* [Si donatione tibi post mortem patris fundum quæsisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si filiæfamilias constitutæ tibi à patre donatus est, cum sorore patri communi succedens eum præcipuum habere contra jura postulas.] Fachineus putat hunc textum cum priore aliter conciliari non posse, nisi illi adjiciatur particula negativa quasi omissa: *non constitutæ*. sic enim verum est, fundum non esse præcipuum sed conferendum, quia liberi qui non sunt in potestate constituti, debent etiam simplices hujusmodi donationes conferre. Gothofredus econtra ex hoc textu infert, sicut & Cujacius *lib.* 3. *observat. c.* 30. Suos debere conferre donationes; quod tamen repugnat legi *filiæ* paulò antè recitatæ. Ego quidem puto correctionem Fachinei

chinei non quadrate, quia valde innaturaliter intruderetur ibi particula *Non.* sed tamen non ità innaturale esset, si quis textum aliter emendaret, & pro particula, *Nam*, poneret: *Nec.* tunc sanè pulchrè sensus cohæreret, ut legenti patet, & leges etiam essent manifestè concordes. Verùm Antonius Perez putat *n.* 19. *in medio* posse has leges absque correctione conciliari, si nempe in lege 13. per *donationem* non intelligamus donationem simplicem, strictè sumptam, h. e. animo transferendi dominium, sed concessionem instar peculii: peculia autem sunt conferenda. Neque putat interesse, quòd ibi nulla peculii mentio fiat, quia usus vocabuli *Donationis*, etiam est in donatione in peculium, ut in plerisque Iuris locis animadvertere licet. *L.* 31. §. 1. *&* 2. *ff. de donat.* *L.* 37. §. 1. *l.* 49. §. 1. *ff. de acquir. rerum dom.* Et hæc est etiam conciliatio Duareni *ad hunc tit. ff. c.* 2. & Giphanii *ad eand. l.* 13.

582. Hanc interpretationem explodit Hunnius q. 30. ex eo, quòd à verbis dictæ legis planè sit aliena, quod mihi verissimum videtur, quia lex manifestè loquitur de donatione vera. Distinguit enim lex, utrum fundus fuerit ex donatione acquisitus filiæfam. post mortem patris, an vivo patre. Atqui peculia non fiunt sui Iuris post mortem patris, sed revocantur, & confunduntur cum reliquis bonis hæreditariis.

Alia mihi conciliatio incidetat, & eam amplectitur Philippus Decius in d. l. nempe ibi sermonem esse de donatione ob causam, nempe dotis, quæ utique est conferenda. Sed ei non acquievi, quia mihi incredibile erit, quòd lex hoc non expressisset, cùm sic res fuisset valde expedita.

583. Subtilior cæteris est interpretatio Petri Gilkenii, *in Auth. ex testam. C. de collat. n.* 15. dum observat, tempore Diocletiani nondum fuisse receptum, ut ex morte donantis patris simplex donatio confirmaretur, nam hoc constituit primùm Iustinianus Imperator in *lege* 25. *C. de donat. inter virum & uxorem.* Hæc interpretatio hoc mihi persuadet, quòd illi legi non sit admovenda manus ut corrigatur. Cæterùm ideo non arridet, quia non tam est legum Conciliatio, quàm aperta confessio, leges non cohærere, dum altera vult esse conferendum, quod altera negat esse conferendum.

584. Vidimus hactenus, quid alii divinaverint. Mihi duæ aliæ divinationes occurrunt. Imprimis dicere quis posset, legem 13. loqui de casu, quo altera soror debebat conferre dotem, quo casu lex 20. jubet donationem simplicem conferri, prout suprà retulimus. Secundò, posset aliquis dicere, donationem illam fundi non fuisse morte patris confirmatam, vel certè dubium fuisse, an esset confirmata, quia fortè fuit ultra, vel usque ad legitimam ascendens, nec debito modo insinuata, hujusmodi autem donationes morte non confirmari, habetur apertè in lege 25. *cit.* ibi. *Firmas esse per silentium donatoris, vel donatricis sancimus, si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint intimatæ. Nam amplioris, &c.* Quia ergo dubium esse poterat, quousque donatio illa fundi ascenderet, ideo justum & æquum erat, ut conferretur in eum finem, ut posset judicari, an esset, vel non esset confirmata, & ideo non potuit soror statim fundum sibi tanquam præcipuum vindicare. Si alius D. hanc interpretationem & conciliationem adhibuisset, non difficulter inducerer ad eam cæteris præferendam. Et hæc circa præcipuam Objectionem contra communem sententiam: aliæ objectiones ex dictis facilè dissolvi possunt, & ideo non est necesse referre.

585. Dubitari tamen potest, an Resolutio nostra procedat tam de Emancipatis, quàm de filiisfamilias. Ant. Faber & Fachineus sup. relatus supponunt, de Emancipatis non procedere, sed hos debere semper conferre simplices donationes. Contrarium tamen omnino tenendum est. 1. Quia hujusmodi donationes statim valent factæ emancipatis. 2. Quia hoc est conforme Intentioni donantis. 3. Quia emancipati ea solùm conferunt, quæ ab hæredibus suis essent conferenda, siquidem hodie æquiparantur.

Quæret aliquis, quo Jure suprà dixerim, donationes simplices esse conferendas, quando cæteri liberi debent conferre dotem &c. vel alias donationes factas ob causam, cùm tamen de sola dote & donatione propter nuptias sermo sit in lege 20. ibi allatâ. ℞. Hoc ideo additum, quia in Novella 18. c. 6. hujusmodi donationes æquiparantur illis verbis: *vel res alio modo datas.*

586. QUÆRITUR 11. An conferendæ sint donationes antidorales seu Remuneratoriæ ob merita sibi vel alteri personæ præstita. ℞. Negativè. & quidem Jure Bavarico ità constitutum est loco citato. De Jure communi autem probatur; quia talis donatio valet statim ab initio, & computatur inter lucra adventitia, censeturque acquiri ex propriis bonis, hoc est, ex propriis actionibus, sicut eas consequeretur etiam aliquis extraneus. Ità tenent communiter DD. cum duplici tamen limitatione, nempe, ut donatio non excedat notabiliter merita; nam ratione excessûs esset conferenda. Deinde volunt, non sufficere, quòd pater asserat merita, sed debet de meritis constare. Quodsi de Meritis constaret, & pater nihil dixisset quòd propter merita donaret, censet Card. de Lugo præsumptum iri, quòd donatio facta sit in remunerationem. Colligitur autem hæc Resolutio ex Novella 92. c. 1. ibi. [Si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hæreditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in

in filium aut filios, quos honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus quererentur, qui habent quidem in omni substantia patris, quod legitimum est: in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris, antequam donationibus exhauriretur, non valentibus filiis, qui donationibus honorati sunt, dicere contentos se quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere paternâ hæreditate: sed neque cogendis quidem, si contenti sunt, donationibus, suscipere hæreditatem; necessitatem autem NB. habentibus omnibus modis complete fratribus, quod hæc desert secundùm quam scripsimus mensuram, ut non minus habeant illi, quàm quod ex legibus eis debetur &c.

487. Objiciet aliquis ex Pinello. Filios nunquam potest ullis meritis, beneficiis aut obsequiis adæquare beneficia, quæ à parentibus acceipit, & superare obligationem, quam ex Pietate parentibus debet, quæ est doctrina Aristotelis à nobis alibi relata. ergo nulla donatio à parentibus facta potest esse remuneratoria propriè loquendo; nam hæc supponit, merita non fuisse ex ulla virtute debita. Ad hanc objectionem egregiè respondet Card. de Lugo n. 221. hoc argumentum imprimis non procedere de avis & proavis, à quibus filius nihil accepit, nisi mediatè & per accidens, quod non fundat debitum, nihil enim debes Petro, qui Paulo donavit. 100. quos deinde Paulus tibi donavit. Addo ego, argumentum non procedere de Remuneratione quâ Pater remuneraretur obsequia alteri quæ Patri præstita, nam illi alteri filius nihil debebat: & tamen Pater potest hujusmodi merita remunerari, ut per se clarum est, & supponunt Iuristæ. *Franciscus Vivius v. donatio facta n. 4. & 5.* Manzios n. 18. Deinde licèt id quod parentes dederunt filio, sit in se quid majus, quàm quæcunque obsequia filiorum, in ratione tamen beneficii non semper æquivalet illis, quæ filius rependit, beneficium mensuratur etiam ex affectu benefactoris, nam qui mibi quid dat pretiosum, sed non ex amore mei, sed potiùs amore & commodo sui, non dicitur, ethicè & politicè, ac etiam Theologicè loquendo, *Beneficus.* Porrò parentes (inquit Lugo) frequenter non generant filios tam ex benevolentia erga illos, quàm ob proprium bonum, nempe vel propter delectationem, quam aliquando solam intendunt, & vellent non sequi generationem prolis, vel certè familiæ conservandæ causâ, & perpetuationis sui nominis: quare deficit multum in ratione beneficii. Adde decrescere ex minore difficultate, & incommodo quo filios generant; filii autem cum longè majori difficultate illis inserviunt. Vnde lex naturalis non obligavit filios ad faciendum pro parentibus omne possibile, sed ad reddenda certa obsequia communia, & ad obediendum in rebus communibus. Quod autem ampliùs faciunt, sine debito faciunt, cùm satisfecissent debito pietatis, si ea fecissent, quæ boni filii erga parentes facere debent: nec dicetur filius impius vel ingratus, qui obsequia, reverentiam, & obedientiam parentibus debitam exhibet, etiamsi extraordinaria non faciat: ac proinde si talia faciat, erit locus remunerationi. Ità fere Lugo.

Quæret tamen aliquis, an etiam non esset conferenda donatio remuneratoria, in casu quo quis plures liberos haberet æqualium erga se meritorum, & tamen unum solum remuneratus esset. Respondet affirmativè Molina. Ego tamen, ad mentem, ni fallor, Card. de Lugo puto esse distinguendum. Vel enim donatio tanta est facta uni filio, ut, si vellet etiam reliquos remunerari æqualiter, hoc fieret cum præjudicio legitimæ, vel substantia patris tanta est, ut salvâ legitimâ posset omnes remunerari, sed non vult remunerari nisi unum. In priori casu censeo esse conferendam saltèm quoad aliquem excessum, nempe quia evadit excessiva donatio talis: nam in concursu meritorum reliquorum filiorum, & deficiente substantia ad singulos remunerandos, decrescit obligatio remunerandi unum in eo gradu, quo secundùm se, & seclusis aliorum meritis mereretur remunerari. ergo talis excessus esset conferendus, & in legitimam computandus. In secundo casu non esset donatio conferenda, quia cessat ratio. Nec obstat, quòd reliquos non etiam remuneretur. Nam remuneratio non fit ex obligatione Iustitiæ, sed quoad hanc est libera; unde si nullum remuneratus esset, posset salvâ Iustitiâ illud donum extraneo legare, vel etiam in eo hæredem instituere.

Hinc contra Molinam dicendum etiam est cum Covarruvia *cap. cùm in officiis, de Testam. n. 11.* & Card. de Lugo, quòd Remuneratio debeat fieri ex ea parte substantiæ, quæ subjacet liberæ dispositioni patris, salvâ scilicet legitimâ, sicut solet discurri de Legatis. Fundamentum enim, quo nititur Molina, non est efficax, dum dicit, Remuneratoriam donationem esse quasi æs alienum. Hoc enim & in se falsum est, ut jam dictum, quia non debetur ex Iustitia, & manifestè retorquetur: nempe quia legitima potiùs est alienum æs, & debita ex Iustitia, quia ex lege est adjudicata. Quare sicut non approbaretur Legatum excessivum, factum cum diminutione legitimæ, etiamsi Legatarii merita secundùm se spectata tale legatum mererentur, quia, ut dixi, obligatio remunerandi decrescit in tali casu, ità nec donatio liberis facta, sed omnino inofficiosa censenda esset. Addit Lugo, quòd Pater ne quidem in vita sua, nedum in morte posset donare, nisi juxta conditionem sui status; major ergo donatio esset inofficiosa æstimanda. Verùm hoc non caret difficultate; sed fusiùs examinare non est hujus loci, sed alibi videndum, quæ-

nam donationes tanquam inofficiosæ revocari possint.

588. QUÆRITUR 13. An donatio jurata sit in legitimam computanda aut conferenda. ℞. Negativè. quia talis donatio etiam inter patrem & filium juramento confirmatur, ut statim valeat. Hoc tamen intelligendum est, si donatio sit quoad quantitatem licita, & sine præjudicio legitimæ aliorum liberorum. Nam Juramentum non est vinculum iniquitatis.

589. QUÆRITUR 14. Quo Iuris remedio hæredes consequi possint collationem faciendam ab eo, qui eam facere recusatet. Sichardus post Bartolum putat, nullam actionem de facienda Collatione proditam esse, sed obtinendam esse per implorationem officii Iudicis. Probat ex *lege* 8. *C. h. t.* ubi dicitur, quòd *Præses coget ad collationem faciendam.* quando autem lex dirigit verba ad Iudicem, putat esse signum, quòd officio Iudicis opus sit. Verùm hæc regula sæpè fallit, ut ostendit Decius *ad d. legem.* Potest enim Iudex cogere ad collationem etiam Iure Actionis.

Imprimis ergo, si ille qui tenetur conferre, vellet Petitione hæreditatis agere ad consequendam hæreditatem, competeret cæteris cohæredibus Exceptio *de dolo*: quia dolo non caret, qui hæreditatem petit, nec tamen ex parte sua paratus est præstare, quæ præstare tenetur, ut reliqui jus suum consequantur. Unde si peteret bonorum possessionem, Prætor actiones possessorias illi denegare deberet, donec conferret.

Denique ipse conveniri potest Condictione ex lege, quæ datur in casu quo lex aliquid statuit faciendum, nullâ tamen actione nominatâ, ut in simili suprà dictum est.

Illud tamen Sichardo concedendum est, expedire, ut fiat Imploratio Iudicis potiùs quàm exspectetur donec Exceptioni sit locus. Potest enim contingere, ut plus debeat conferri ab altera parte, quàm illi ex hæreditate debeatur: quo casu non curaret repelli à petitione hæreditatis, quia suo lucro id fieret, seu potiùs damni declinatione.

590. Modum faciendi Collationem paucis complectitur Antonius Perez n. 23. Deducendum primò est æs alienum, & etiam impensæ factæ in res hæreditarias. Res amissæ aut perditæ in specie sine culpa theologica conferentis, non veniunt in considerationem; nam casus fortuitus nocet creditori, non debitori in specie.

Fit autem Collatio vel re ipsâ vel Cautione. Re ipsâ quando frater vel soror bona sua à parente profecta cum fratribus aut sororibus dividit, vel quando minus accipit, remittendo tantum ex bonis paternis, quantum haberet ex collatis. Sufficit autem, per se loquendo, si conferatur æstimatio rei quæ est tempore collationis: si nimirum altera pars consentiat: quodsi dissentiat, res ipsa in specie est conferenda, per regulam, quòd aliud pro alio non solvatur invito creditori.

Cautione fit collatio, si quis datis fidejussoribus aut pignoribus de conferendo securos faciat cohæredes. *l. 1. §. 9. ff. h. t.* [Jubet autem Prætor ità fieri collationem, ut rectè caveatur. Caveri autem per satisdationem oportere Pomponius ait. An pignoribus caveri possit videamus, &c. Et ità ego quoque judico.] Quodsi unus ex cohæredibus antè collationem re factam decesserit, ejus hæredi conferendum est. *l. 14. C. h. t.* [*Si maritus quondam tuus ab intestato patri suo hæres exstitit, & ei posthumus à te editus successit, actiones hæreditarias amitæ filii vestri dotem non conferenti denegare Præses non dubitabit.*]

Quodsi quis ob inopiam cavere non possit, dabitur curator ejus portioni donec caveat. *l. 1. §. 10. ff. h. t.* [Si frater cavere non possit, curator portionis ejus constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur: ut tunc demum recipiat quod redactum est, cùm bona propria contulerit. Quodsi per contumaciam actiones denegatæ fiont, oblatâ postea cautione recipit pristinum jus.]

Quodsi caverit, nec tamen cautioni steterit, stipulatio committitur, sed non ante quam interpellatus fuerit, & quidem post aliquod inde spacium, quo conferre poterat. quo elapso condemnatur in tantam pecuniam, quanti ea res erit. *l. 5. in f. ff. h. t.* *Et sive quis non conferat ex hac stipulatione, sive dolo fecerit quominus conferat: quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur.*

Denique si per errorem divisio familiæ Erciscundæ facta sit, omissâ collatione, potest adhuc postea peti ut fiat. *l. 8. in f. C. h. t.* *Idem est* (hoc est restitutio facienda est) *etsi arbitro dato divisio celebrata est.* Et hæc de Collatione Bonorum: in qua multum est, si quis doctrinæ consequentiam tenuerit, cui deferendæ tam obnoxia est, quàm ulla in toto Iure, meo quidem judicio. nec ego mihi polliceor eam tenuisse.

CAPUT

CAPUT IX.

DE JURE TRANSMISSIONIS, ET ACCRESCENDI.

CONTROVERSIA I.

An Hæredi Extraneo competat Transmissio Hæreditatis.

SUMMARIUM.

AN hæreditas ab extraneo transmittatur ad hæredes. 591.
Quæ potuerint esse rationes negandi transmissionem. 591. *& seqq.*
Ratio fundamentalis negandi transmissionem. 596.

591. DICENDUM, quòd ab extraneo hæreditas non adita in vita sua, nec bonorum possessio Jure prætorio agnita, regulariter & per se loquendo non transmittatur ad hæredes. Ità habetur in pluribus Juribus. *l. 9. ff. de suis & legit. hæredib.* [Si ex plurimis legitimis hæredibus quidam omiserint adire hæreditatem, vel morte, vel quâ aliâ ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis qui adierint accrescit illorum portio, & licèt decesserint antequam accresceret, hoc jus ad hæredes eorum (quibus accrevisset) pertinet. Alia causa est Instituti hæredis, & cohæredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hæreditas, non etiam, si decesserit, hæredem ejus sequitur.] Clarior textus est *in lege* 7. C. de Jure deliberandi. [Quoniam sororem tuam priùs defunctam esse proponis, quàm agnosceret, an à fratre sibi aliquid hæreditatis fuisset relictum, manifestum atque evidens est, antequam se pro hærede gereret, vel bonorum possessionem admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad hæredes suos transmittere.] Item lege 18. §. 3. [Sin verò vel non sit tutor; vel cùm sit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea ætate defuncto, omnes hæreditates ad eum devolutas & non agnitas ità intelligi, quasi ab initio non essent ad eum delatæ, & eo modo ad illas personas perveniant, quæ vocabantur, si minimè hæreditas infanti fuisset delata] Item l. un. §. in novissimo. v. hæreditatem. C. de caducis tollend. [Hæreditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Item *lege* 3. §. 7. ff. de bonor. possessionib. *ibi.* Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cùm ratum habuero id quod actum est. . Denique si antè decessero, quàm ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competat mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque hæres meus ratum habere potest, cùm ad eum NB. non transeat jus possessionis.] Item l. 4. C. Qui admitti ad bonorum poss. possint. [Emancipata si non agnovit intra annum *Vnde liberi* bonorum possessionem, nullam ad hæredes vindicationem successionis transmittere potuit.] Dixi. *Regulariter.* nam casus excepti referentur controv. 3.

592. Verùm, ut Juribus allatis etiam aliquid eruditionis accedat, videamus, an hæc Constitutio ratione aliquâ possit confirmari. Probant ergo DD. aliqui assertionem hac speciosâ ratione. Ut Dominium alicujus rei transmittatur ad hæredes; necesse est, ut priùs ille, qui vult transmittere, dominium acquisiverit. atqui ante hæreditatem aditam, vel bonorum possessionem agnitam, hæres extraneus primus non acquisivit dominium: ergo non est mirum quòd si moriatur ante aditam hæreditatem, eam non transmittat ad suos hæredes.

593. Hæc tamen ratio non est efficax, quia æquivocat, non distinguendo inter Dominium, & Ius acquirendi dominium hæreditatis. Dominium non posse transmitti, benè probat argumentum; sed non probat non posse transmitti Ius adeundi hæreditatem, adeoque Ius acquirendi dominium. Hoc enim Ius jam est hæredi scripto quæsitum: cùm ergo omnia alia Iura transmittat ad hæredes, cur non etiam Ius adeundi hæreditatem? hujus rei ratio petitur.

594. Imò hinc nascitur contra Assertionem objectio. Hæres scriptus transmittit ad suos hæredes omne suum Ius, quod ille in vivis adeptus est: atqui adeptus est Ius adeundi hæredita-

ditatem, vel agnoscendi bonorum possessionem: ergo & hoc transmittit: quod est directè contra Assertionem. Respondeo tamen, negando majorem universaliter; nam in primo Tomo tract. 2. plura exempla attulimus actionum & Iurium, quæ ad hæredes non transeunt, nisi lite contestatâ.

595. Baldus *in l. si infanti C. de Jure deliberandi*, probat assertionem hac ratione. Si hæres transmitteret hæreditatem non aditam, sequeretur, quòd hæres ejus adeundo faceret eum hæredem post mortem; quia nisi ille primus sit hæres, impossibile videtur, quòd secundus sit hæres primo testatori vel defuncto, *arg. tex. in l. 3. v. Sed etsi Titius ff. de petit. hæred.* ibi. *Sed etsi Titio, qui Seio hæres exstitit, nos hæredes facti sumus, sicut Titii hæreditatem nostram esse intendere possumus, ità & Seii.* præterea impossibile videtur, quòd ille qui non fuit hæres in vita, efficiatur hæres post mortem, cùm post mortem non possit se obligare, contrahere, nec quasi contrahere, habitus enim & passiones requirunt semper subjectum. Neque hæc ratio multùm valet. Textus enim adductus nihil penitus probat. Nam plùs non dicit, quàm quòd qui est Hæres Titii, sit etiam hæres illius cujus Titius hæres fuit. hinc autem non rectè infertur: ergo non possum esse hæres Seii, si Titius non adivit hæreditatem Seii, cùm tamen haberet jus adeundi. Itaque satis esset, esse hæredem potentialiter, etiamsi non esset hæres actualiter: nam de hoc est quæstio, quare non possit transmittere potentiam seu Jus adeundi hæreditatem.

596. Ratio fundamentalis hæc est. Ius adeundi hæreditatem aliud reipsâ non est, quàm jus disponendi de hæreditate conditionatum, & dependens à voluntate hæredis, quâ acceptet oblatam sibi hæreditatem: quando ergo conditio non impletur, nec reipsâ (quia hæres defunctus est, antequam hæreditatem acceptaret) nec fictione juris (sicut Iura fingunt acceptatam hæreditatem in casibus seq. controv. referendis) tunc jus exspirat: ergo mirum non est, quòd ad hæredem transmitti non possit. sicut, quando quis mihi offert donum, habeo quidem jus acceptandi, seu potiùs libertatem acceptandi vel non acceptandi, si tamen non acceptem, non propterea transmitto ad hæredem jus acceptandi. quia meum jus acceptandi aliud in re non est, quàm jus disponendi de dono oblato, si tamen acceptem, & velim illius esse Dominus: quodsi non acceptem, deficit conditio disponendi, & jus illud, quod ossibus meis inhærebat, exspirat. unde si semel repudiâssem, non haberem jus postea acceptandi.

Voluntatem tamen acceptandi quandoque supplet lex, & ideo talia dona oblata transmittuntur absque propria acceptatione, ut patebit ex sequentibus.

CONTROVERSIA II.

Quomodo Hæredi Suo competat Transmissio Hæreditatis Iure Suitatis.

SUMMARIUM.

An filiusfamilias transmittat hæreditatem non aditam in vita. 597.

Idem dicendum de retinentibus Ius Suitatis finitâ patriâ potestate. 598.

An solvenda Gabella ob talem hæreditatem, si statutum imponeret cuicunque hæreditati obvenienti. 599.

An Emancipati gaudeant jure Suitatis quoad hæreditatis transmissionem. 600.

Quæ differentia inter Suos & Emancipatos sit sublata. eodem.

597. DICENDUM 1. Quandoquis relinquit hæredem, sive ex testamento sive ab intestato, filium in potestate constitutum (idem est de nepote proximum gradum occupante) si talis filius decedat necdum aditâ patris hæreditate, transmittit illam ad quoscunque hæredes, Iure Suitatis. Ratio est, quia absque nulla aditione vel acceptatione fit statim Dominus bonorum hæreditariorum: ergo mirum non est quòd transmittat. Antecedens habetur in *lege 11. ff. de liberis & posthum.* [In suis hæredibus evidentiùs apparet continuationem dominii eò rem perducere, ut nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi Domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo Domini existimantur, &c. Unde post mortem patris non hæreditatem percipere videntur, sed magìs liberam bonorum administrationem consequuntur.] Et in §. *Sui. Inst. de hæred. quæ ab intest. deferuntur.* dicitur. *Sui hæredes fiunt etiam ignorantes.* Ratio est, quia ex Iuris dispositione & fictione talis hæres censetur eadem persona cum persona patris etiam in vita, propter partem & substantiam quam in generatione accepit à generante. Huc facit *lex 14. ff. de suis & legit. hæredib.* *In suis hæredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure hæredes existunt.*

598. Ex Conclusione Infertur 1. Quòd etiam illi, qui quidem è patria potestate exiveruut, Iuris tamen privilegio retinent Iura *Suitatis*, etiam transmittant hæreditatem non aditam. Sic etsi per ingressum in Religionem filius liberetur à patria potestate, non amittit tamen Suitatem, sed eam retinet & omnia illius privilegia, adeoque eo mortuo, sine aditione transmittet hæreditatem patris ad Monasterium capax successionis, ut notat Ant. Gomez *to. 1. Resol. c. 9. n. 10.* de quo satis alibi dictum est. *to. 1. tr. 5.*

In-

Infertur 2. Quòd quamdiu filius non declarat, se velle abstinere ab hæreditate (quod beneficium habet jure prætorio) tamdiu hæreditas non sit jacens, quia reverà ipse est hæres, & Dominus rerum hæreditariarum.

599. Infertur 3. Cum Ant. Gomez n. 18. Si statuto caveretur, ut ex quacunque hæreditate obveniente solveretur Gabella, deberet intelligi de hærede extraneo, non item gaudente Iure Suitatis. Ratio est, quia statutum videtur loqui de hæreditate noviter acquirenda per spontaneam hæreditatis aditionem. De hac tamen illatione dubito: quia talis statuti videtur esse alia mens, & verba etiam plus non requirerent, quàm quòd Dominus de novo possidens bona titulo hæredis deberet solvere Gabellam: Suus autem hæres etiam opus habet novâ possessione, imò realiter habet novum dominium, nam vivo patre tantùm habebat in spe.

600. DICENDUM 2. Emancipati regulariter non gaudent Iure Suitatis quoad Hæreditatis transmissionem. Probatur. quia nullo Iure hoc illis est concessum, nec Ius antiquum quoad hoc ullibi est correctum.

Dices. Inter Suos & Emancipatos est sublata omnis differentia quoad Successionem: ergo etiam comparati sunt quoad Hæreditatis transmissionem. Antecedens patet ex lege 15. *C.* §. 1. *de legit. hæredib.* ibi. *Duximus hoc primùm corrigere, &c. Vt emancipatus filius & filia non solùm in paternis bonis ad suorum similitudinem succedant, &c.*

℞. Omnibus esse fatendum, quòd non quoad omnia sint æquiparati, quia alioquin emancipatio esset sublata, & in emancipato durarent effectus patriæ potestatis. Solùm ergo est sublata differentia 1. ut filius emancipatus possit hodie succedere patri de jure civili. 2. quòd ipsi debeatur legitima sicut filio in potestate constituto. 3. quòd legitima sit æqualis 4. quòd eam iisdem remediis consequi possit, & quidem per triginta annos, nec excludatur ampliùs lapsu unius anni.

CONTROVERSIA III.

Quomodo fiat Transmissio Iure Sanguinis & Iure Deliberandi.

SVMMARIVM.

Quomodo immediatus descendens etiam extraneus jure sanguinis transmittat hæreditatem ad suos descendentes. 601.

An hoc procedat, quomodocunque sit delata hæreditas. 602.

Quomodo jure deliberationis transmittatur hæreditas. 603.

Quid si minor 25. annis ignorans decederet, an saltèm Ius restitutionis transmitteret. eod.

An substitutus sit præferendus illi, ad quem alioquin transmitteretur hæreditas. 604.

Præfertur sententia negativa. 605.

Quomodo intelligendum vulgare: quòd exstante provisione hominis cesset provisio legis. 606.

An fortius sit Ius transmissionis, quàm Ius accrescendi. 607.

601. DICENDUM 1. Si quis ascendentium sive ab intestato sive ex testamento relinquat descendentes sive suos sive emancipatos, vel per lineam fœmininam descendentes, & in immediato gradu constitutus moriatur, non aditâ hæreditate, nec etiam repudiatâ, transmittit hæreditatem ad suos descendentes virtute & privilegio seu jure sanguinis, sed non ad alios extraneos hæredes. *lege un. C. de his qui ante apertas tab. hæredit. transmittunt.* ibi. [Per hanc jubemus Sanctionem imposterum valituram, filios seu filias, nepotes aut pronepotes à parte vel à matre, avo vel aviâ, proavo vel proaviâ scriptos hæredes, licèt non sint invicem substituti, sed cum extraneis, seu soli sunt instituti, & ante apertas tabulas defuncti, sive noverint scriptos hæredes sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscunque fuerint sexûs vel gradûs, derelictam sibi hæreditariam portionem posse transmittere.] Et hic est primus casus, quo etiam extraneus, hoc est emancipatus, vel per lineam fœmininam descendens potest transmittere hæreditatem saltèm ad suos descendentes. Et ideo in Contr. 1. dixi. *Regulariter* non posse transmittere.

602. DUBITATUR tamen, an hoc procedat, quomodocunque sit delata hæreditas, sive jure Civili sive Iure Prætorio, quando est necessaria bonorum possessio. Salycetus & Romanus in *l. Emancipata. C. qui admitti ad possess. possint.* putant solùm habere locum, quando hæreditas defertur Jure Civili. Contraria tamen est communior & vera, quòd utroque casu locum habeat transmissio. Ratio est. Quia lex nova disponens aliquid in hæreditate de Iure Civili, habet etiam locum & extenditur ad hæreditatem & bonorum possessionem delatam de Iure Prætorio. Fundamentum adversariorum continet manifestam fallaciam, ut benè notavit Ant. Gomez. & est hæc. Si in aliquo casu successio de jure civili non est cognita, neque competit jus succedendi, sed tantùm est cognita successio de jure Prætorio, non apparet, quomodo competere possit Transmissio de Jure Civili. ℞. Quòd quando successio competit tantùm Iure Prætorio, potest deinde competere Iure Civili Tansmissio: hanc enim Ius civile potuit inducere circa successionem Iure Prætorio. Sic v. g. lex divina non præcipit, ut hic vel ille dies sit festus. Quando autem ab Ecclesia præcipi-

tur

tur-ut sit f.stus, tunc lex divina pro illo die præcipit ea quæ sunt de natura diei festi.

Observa, Conclusionem non procedere si hæreditas sub conditione relicta sit, conditione non impletâ. Tunc enim non transmittitur, nisi qu ad legitimam, quæ fine conditione relinquenda est, & conditio apposita habetur pro non adjecta.

603. DICENDUM 2. Quicunque hæres, sive ex testamento sive ab intestato, sciens sibi delatam hæreditatem, & de ea adeunda deliberans, si intra annum ad deliberandum concessum moriatur non aditâ hæreditate, transmittit jure deliberandi hæreditatem ad hæredes quoscunque, ità ut residuum temporis illis ad deliberandum cedat. Et hic est alter casus, quo extraneus hæres potest transmittere hæreditatem. Habetur lege 19. *C. de Iure delib.* ibi. [Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento vel intestato vocatus deliberationem meruerit, vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causâ deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro hærede gestionem inducat, prædictum arbitrium in suam successionem transmittat, ità tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et quidem is qui sciens hæreditatem sibi esse delatam, deliberatione minimè petitâ intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. *& infrà.* Reliquum tempus pro adeunda hæreditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec hæredibus ejus alius regressus in hæreditatem habendam servabit.]

Quodsi Minor 25. annis ignorans sibi delatam hæreditatem decederet, non quidem ipso facto hæreditatem transmitteret, putat tamen Ant. Gomez, quòd transmitteret beneficium Restitutionis in integrum, & quòd hæres posset hanc restitutionem petere, sicque jus deliberandi acquirere.

604. DUBITATUR quid juris sit in casu quo hæredi, qui alioquin jure sanguinis aut jure deliberandi posset transmittere hæreditatem, esset alius vulgariter substitutus, an substitutus sit præferendus, an verò ille ad quem hæreditas esset transmittenda. Prima sententia est, Substitutum esse præferendum, adeoque cessare Jus transmittendi. Ità Salycetus *in d. leg.* 3. & quidam alii Nihilominus contraria post Bart. & Baldum communior est, & teste Antonio Gomez, in judicando & consulendo præferenda, quòd adhuc esset locus transmissioni, & substitutus excluderetur.

605. Probatur 1. Natura substitutionis vulgaris ex intentione testatoris est, quòd ità demum substitutus admittitur, si primus institutus non fuerit hæres, nec etiam alium fecerit hæredem, prout indicatur in lege 40. *ff. de hæredib. instit.* ibi. *intelligitur tale qu d dicere: si Stichus neque ipse hæres erit, neque alium hæredem fecerit.* atqui transmissionis jure facit alium hæredem. Ergo &c. Probatur 2. Substitutus vulgaris tunc demum admittitur, si primo loco institutus penitus excluditur: atqui habens jus transmittendi non potest dici penitus exclusus, quia potest alium hæredem facere. ergo. Probatur 3. & efficaciùs ex lege unica *C. de Caducis tollend.* ubi cùm §. 5. relati essent modi transmittendi, deinde §. 13. dicitur, quòd si non adeatur hæreditas, nec sint personæ ad quas virtute prædictarum legum fit transmissio, admittatur substitutus vulgariter, & eo deficiente, hæreditas devolvatur ab intestato, & eis non exstantibus admittatur Fiscus. sic habetur §. 13. [Cùm autem in superiore parte legis non aditam hæredi atem minimè, nisi quibusdam personis ad hæredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hæreditatem non adjerit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit, & potuerit, pervenire. Quodsi hoc non fit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum ærarium devolvatur.]

606. Objicitur 1. Quando adest provisio hominis, cessat provisio legis. sed substitutio est provisio hominis, & transmissio est provisio legis: ergo quando facta est substitutio, cessat transmissio. ℞. Distinguendo ma: nisi provisio legis sibi subordinet provisionem hominis, concedo, secùs nego. Provisio transmissionis facit, ut primus hæres non sit penitus exclusus, sicut est in casu quo non conceditur transmissio. Provisio substitutionis est solùm in casum, quo primus hæres est penitus exclusus.

607. Objicitur 2. Substitutus vulgaris præfertur hæredi, qui vult venire per Ius accrescendi. *L.* 2. §. 8. *ff. de bonor. possess. secund. tab.* ibi. *omittente secundo bonorum possessionem tertius succedit. quodsi tertius noluerit hæreditatem adire, vel bonorum possessionem accipere, recidit possessio ad primum, & ipso jure illi accrescet.* cujus ratio præcipua est, quia Ius accrescendi, immediatè & principaliter provenit ex legis dispositione, & conjecturatâ mente defuncti. ergo sicut hîc præfertur substitutus, hocque tanquam magis ex mente defuncti, ità & in casu de quo disputamus præferetur substitutus illi ad quem hæreditas transmittenda esset. Ad hoc respondet Ant. Gomez. quòd ibi hæreditas vel portio primo instituto delata omnino deficit, nec virtute transmissionis ex sua persona ad aliam fuit transmissa: unde cùm detur concursus substituti cum cohærede, meritò præfertur substitutus, quia expressè reperitur vocatus ex dispositione defuncti, cohæres verò tacitè in illius defectum. Ex quo sequitur, fortius & potentius esse jus transmissionis, quàm jus accrescendi, quia si est potentius

tentius jure substitutionis, & jus substitutionis est potentius jure accrescendi, jus transmissionis erit etiam potentius jure accrescendi. juxta illud: Si vinco vincentem te, multò magis vinco te. De exclusione Substituti jure Suitatis, dicetur iterum tract. seq. c. 1. contr. 3.

CONTROVERSIA IV.

Quandonam detur Ius Accrescendi in Hæreditatibus & Legatis.

SUMMARIUM.

QVando hæredi instituto in re certa accrescant omnia reliqua. 608.
An censeretur esse Legatarius, qui per verbum commune institueretur in re certa. 609.
Quid Iuris, si plures sint instituti in rebus certis, & nullus hæres universalis datus. 610.
An portio non adeuntis accrescat adeunti hæreditatem. 611.
An procedat etiam in fideicommissis universalibus. eod.
An Ius accrescendi habeat locum in Legatis & Fideicommissis particularibus. 612.

608. DICENDUM 1. Quando Testator instituit hæredem in re certa, vel certa quota hæreditatis, ut dodrante &c. nihil disponendo de reliqua parte, aut reliquis rebus hæreditariis, omnia accrescunt hæredi instituto, perinde ac si esset ex asse institutus. *l. 1. §. 4. ff. de hæredib. inst.* *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detractâ fundi mentione.* Ratio est, quia, ut suprà declaravimus, Jura non permittunt paganum decedere partim testatum partim intestatum: §. 5. *Inst. eod.* ibi. *Et si unum tantùm quis ex semisse v. g. hæredem scripserit, totus as in semisse erit: neque enim idem ex parte testatus &c.*

609. DICENDUM 2. Si quis esset institutus in re certa & particulari per verbum commune, hoc est, etiam legatis applicabile (de quibus suprà actum est) tunc censeretur esse legatarius & non hæres. *l. 16. §. 2. ff. ad S. C. Trebell.* ibi. *Et generaliter autem potest dici, ità demum quem non posse cogi adire & restituere hæreditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus.* Sed quia de hoc jam superiùs actum est, non est, cur hic plura addantur.

DICENDUM 3. Si hæres in re particulari institutus habet cohæredem universalem, nulla bona illi accrescunt, sed cohæredi, etiamsi iste tantùm in certa quota institutus esset. *l. 39. C. de hæredib. instit.* [Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt hæredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii verò ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hæreditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte, vel sine parte scripti fuerint: nec aliquam diminutionem earundem actionum occasione hæredum ex certa re scriptorum fieri.] Si tamen cohæres repudiaret hæreditatem, vel decederet sine transmissione, tunc equidem omnia accrescerent hæredi instituto in re certa, juxta primam conclusionem.

610. DICENDUM 4. Si plures sunt instituti in re certa, & nullus cohæres universalis datus, tunc omnia cætera illis accrescunt, & quidem æqualiter, etiamsi res certæ relictæ sint fortassis inæquales. *l. 9. §. 13. ff. de hæredib. inst.* [Si duo sint hæredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detractâ fundi mentione quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur, si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.] Secùs esset si in portionibus hæreditatis inæqualibus, v. g. unus in dodrante, alius in uncia, esset institutus, tunc enim residuæ duæ unciæ, seu sextans illis accresceret inæqualiter, secundùm proportionem & inæqualitatem quam habet 9. ad unum. *l. 3. C. de Testam. mil.* ibi. [Nam cum Paterfam. filiam ex duabus unciis, uxorem ex uncia hæredes scripserit, nec de residuis portionibus quidquam significaverit, in tres partes divisisse eum apparet hæreditatem, ut duas habeat quæ sex antem accepit, tertiam quæ ex uncia hæres est instituta.]

611. DICENDUM 5. Quando ex pluribus hæredibus unus adit suam partem, alter verò repudiat, vel alio modo in ejus persona deficit successio, illius portio accrescit adeunti. *l. 9. ff. de Suis & legit. hæredib.* [Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam omiserint hæreditatem adire, vel morte, vel quâ aliâ ratione impediti fuerint, quominùs adeant, reliquis qui adierint, accrescit illorum portio: & licèt decesserint antequam accresceret, hoc jus ad hæredes eorum pertinet.] Notat tamen Ant. Perez, quòd si quis apprehendisset possessionem suæ portionis, & postmodum accresceret altera portio, non propterea accresceret possessio illius, sed opus esset nova apprehensione. quod ideo notandum est, quia cæteroquin qui apprehendit unam partem hæreditatis, omnes apprehendisse censetur; sed ratio disparitatis est, quia in hoc casu habuit jus adæquatum & plenum statim à principio ad totam hæreditatem, & ideo sufficit unam partem apprehendisse.

Procedit Conclusio etiam in Fideicomissis universalibus: v. g. Si testator instituit hæredem Titium, & gravavit de restituenda hæreditate duobus vel pluribus hæredibus, & unus eorum

rum repudiet, ejus portio accrescit alteri. Probatur ex lege 114. §. 11. [Divi Severus & Antoninus rescripserunt, cum qui rogatus est sub conditione fratris sui filiis restituere, ante diem fideicommissi cedentem ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his in potestate patris agentibus, cùm possit die fideicommissi cedente sui juris constitutis ipsis debere restitui, vel NB. si aliquis ex his antè decesserit, non omnibus.]

612. DICENDUM 6. In Legatis & Fideicommissis particularibus regulariter habet locum jus accrescendi, ut portio repudiata vel deserta seu defecta accrescat alteri collegatario aut confideicommissario re conjuncto. De hac conjunctione, & jure accrescendi annexo, redibit sermo in seq. tract. cap. de Legatis: & ideo non est cur textus hic afferantur. Sufficiat §. 8. Inst. de Legatis. [Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum. Si alter deficiat, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, aut alio aliquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet.] Sed de hoc in loco citato pluribus agetur.

CAPUT X.

DE JURIS REMEDIIS AD HÆREDITATEM OBTINENDAM, ET SINE PERICULO ADEUNDAM OPPORTUNIS.

CONTROVERSIA I.

Quibus Personis, & quando conveniat Querela Inofficiosi.

SUMMARIUM.

613. INofficiosum testamentum definitur à Treutlero: Quod certis personis immeritò exhæredatis, non officio pietatis factum videtur: cujus impugnandi remedium extraordinarium, jure civili introductum, est *Querela inofficiosi*, quâ quis petit ejusmodi testamentum rescindi.

Dicitur 1. *Certis Personis.* quæ non sunt aliæ, quàm illæ quæ ex lege debent hæredes institui, saltèm in aliquo casu: nec sunt aliæ quàm descendentes, ascendentes, & fratres ac sorores, juxta ea quæ in superioribus asserta sunt.

Dicitur 2. *Exhæredatis*: quibus addit Hunnius: *vel silentio præteritis.* sed hac additione opus non est: nam universim non est verum, quòd silentio præteritis hoc remedium competat. Qui enim ab ascendentibus in linea paterna prætereuntur, non habent hoc remedium, nec eo opus habent, quia testamentum est ipso jure nullum, ut suprà vidimus. Qui verò in linea materna ab ascendentibus, vel à fratribus prætereuntur, finguntur à lure esse exhæredati, & ideo inter exhæredatos civiliter numerantur, & pro exhæredatis habentur. quod tamen an hodiéque obtineat, in superioribus disputatum est.

Dicitur

Dicitur 3. *Remedium extraordinarium.* Quia huic remedio locus non est, nisi omni alio remedio ordinario deficiente, quo possit, salvo testamento ad hæreditatem vel legitimam perveniri. Cum illis tamen remediis, quibus testamentum impugnari potest, posse concurrere, tradit Julius Pacius & Ant. Perez. n. 25. Quod meo judicio maximè procedit, quando dubium est, an aliud remedium competat: v. g. dubium est, an qui est exhæredatus causâ legitimâ adjectâ, sed non probatâ, possit vigore Nov. 115. testamentum dicere nullum. tali, inquam, DD. communiter concedunt querelam. Aliud exemplum ponit Perez. Si quis testamentum falsi accusavit, vel imperfectum, si non obtinuit, adhuc potest agere de inofficioso. *arg. l. 14. ff. de inoff. test.*

614. Utrum sit propriè dicta *Actio*, vel mera imploratio Officii Iudicis, non est lis magni momenti. & quidni sit Actio, quandoquidem est Ius persequendi in judicio quod sibi debetur, quæ est definitio *Actionis*. quo nomine toties in Iure compellatur, ut immeritò videatur hæc Nomenclatura improbari. Neque refert, quòd hac actione non petatur ipsa hæreditas, sed potiùs petitioni hæreditatis via paretur, dum petitur testamenti rescissio. Nam hæc ipsa rescissio est aliquid debitum: & ideo jam petitur aliquid debitum: & potest cum Hæreditatis petitione cumulari, adeoque cùm in eum finem instituatur, ut hæreditas sibi debita obtineatur, jam est incboata petitio hæreditatis, sicut conscensio equi jam est inchoata peregrinatio, & sumptio medicinæ est inchoata curatio. vel, ut exemplum ex Iure demus, sicut actio ad exhibendum, à Rei Vindicatione differt, ità querela à petitione hæreditatis. Illud potiùs fatendum est, in Iure non nisi impropriè vocari *Accusationem. l. 6. §. 2. & seq. ff. h. t. l.* 11. C. *eod.* quia non est publici criminis persecutio, sed solùm paternæ impietatis improbatio, non ut pater arguatur aut puniatur, sed ut effectus impietatis aboleatur.

615. Imò non desunt, qui putent, Querelam inofficiosi non esse actionem distinctam ab Hæreditatis petitione. & ità sentit Arn. Corvinus in hunc tit. C. quæ tamen semper mihi visa est lis parum utilis, cùm certum sit, & abundè satis, quòd utraque actio possit in eodem libello cumulari, petendo per querelam, ut testamentum rescindatur, eòque rescisso hæreditas restituatur: ut habetur *l. 34. C. h. t.* ibi. [Et si præparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendá, tamen posse nepotem eandem causam proponere; & si non hæres apertissimis rationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum vocari.]

616. QUÆRITUR 1. Utrum hodiéque locus sit Querelæ inter ascendentes & descendentes; vel an potiùs hujusmodi testamentum inofficiosum sit ipso jure nullum; & quæstio maximè procedit in casu quo pater, v. g. exhæredationis causam, & quidem à Iure agnitam in testamento expressit, sed ea non potuit ab hærede scripto probari, & (ut singulariter & meo judicio benè advertit Brederodius) exhæredatus potest illam in conscientia negare. Nam si nulla causa, vel causa non legitima fuit adjecta, conveniunt Interpretes, testamentum ipso jure nullum esse, adeoque non posse per querelam rescindi.

Quòd querelæ hodiéque locus sit, est communis valde DD. sententia. Negativam tamen defendunt expressiùs duo Iurisconsulti, quos ego maximi facio, Hunnius hîc q. 4. & Arnoldus Rath, jam suprà à nobis ad hoc propositum adductus, *th. 12. & seqq. quibus modis test. infirm.* Et hæc sententia quoad theoricam considerationem mihi maximè placet, quamvis, ut suprà notavi, ob communem contrariæ sententiæ auctoritatem, putem securiùs acturum sic exhæredatum, si moveat querelam. quodsi tamen hanc per lapsum quiennii neglexisset, posset illi apud æquum & intelligentem Iudicem esse locus juri dicendi testamentum nullum, quod 30. annis durat.

617. Probatur autem hæc conclusio ex Novella 115. cujus verba superiùs recitavi. ubi expresè ambo hi casus æquiparantur à Justiniano, nempe an quis exhæredatus sit non expressâ causâ legitimâ, & an exhæredatus sit expressâ quidem causâ legitimâ, sed ab hærede non probatâ. Nam postquam causas exhæredationis exprimendas esse, & expressas probandas asseruisset, requirit postmodum æqualiter & copulativè, & causæ expressionem & probationem, his verbis. *Si hæc observata non fuerint, nullum liberis præjudicium generari, sed quantùm ad institutionem evacuato testamento liberos ab intestato succedere.* Ex quibus Hunnius optimè argumentatur. Quando certa forma à legibus præscripta observata non est, irrita sunt omnia quæ aguntur, & actus, utpote formâ legitimâ destitutus, deficit; atqui, ut patet ex verbis allatis, Justinianus hanc formam exheredationis præscripsit, ut & causa exprimatur, & probetur. Ergo, &c. Quæ huic sententiæ ab aliis objici solent, jam alibi sunt dissoluta, & ostensum est, omnibus ea esse dissolvenda, quia se fundant in voculis: *Rescindi, Evacuari, Infirmari*: quasi hæ supponant valorem testamenti, quod falsum est, cùm sæpè soleant hæ voces ad eos actus referri, qui ipso jure sunt nulli.

618. Quod me aliquandiu dubium in hoc puncto tenuit, hoc est. Causam exhæredationis probari vel non probari ab hærede scripto, est quid prorsus consequens ad confectionem testamenti, & potest esse, ut causa legitima reverâ subsit; sed ab hærede non possit probari: econ-

tra posset contingere, ut causa nulla subsit, & tamen ab hærede probetur (prout prô dolor! multa falsa probantur, ut patet ea lib. 3. Regum c. 21.) ergo si antecedenter ad hujusmodi probationem vel non probationem, omnia solennia sunt adhibita in testamento, non apparet, quomodo valor testamenti possit esse suspensus, & pendens ex eo, an probetur causa exhæredationis inserta, vel non probetur, ità ut eâ probatâ testamentum fuerit validum, eâ non probatâ fuerit statim ab initio invalidum. Quis enim dicat, quòd Testamentum in ratione *Validi* compleatur per probationem causæ exhæredationis? hæc causa dubitandi, diu, ut dixi, me suspensum tenuit; & ea hoc capite putabam posse ad probationem Conclusionis responderi, quòd Imperator locutus sit terminis habilibus, & aliquo modo æquivocis, qui possent applicari & testamento nullo, & testamento rescindendo. Nihilominus,

619. Censeo, dicendum esse, quòd probatio causæ exhæredationis non sit de substantia Valoris testamenti in se, sed solùm quoad forum externum. Itaque, si reverâ à parte rei causa exhæredationis subetat, licet ab hærede non posset probari, dico, quòd in foro interno hæreditatem non posset sibi exhæredatus petere, quia testamentum reverâ esset validum, esto ejus valor non posset satis probari. Quod si causa exhæredationis non subesset, probaretur tamen subesse, dico, quòd in foro interno animæ testamentum esset nullum, & exhæredatus posset uti occultâ compensatione. Itaque valor testamenti nullo modo esset suspensus, sed completus antecedenter ad omnem eventum probationis vel non probationis. Probatio autem meritò requiritur in foro externo, sicut in pluribus aliis requiritur, quamvis inde non pendeat valor actûs: ut patet in testamentis non requirentibus solennitates Juris Civilis, sed tantùm solennitates Juris Gentium.

Hæc quidem ut dixi, theoricè veriora videntur. Quia tamen contraria sententia incomparabiliter est communior, adeo ut à multis ne quidem in dubium vocetur, ac proinde in Tribunalibus utique prævaleret, ideo deinceps perinde procedemus, ac si ab omnibus teneretur, & videndum, quibusnam personis hoc remedium detur.

620. Datur ergo imprimis liberis à patre non legitimè exhæredatis, aut in testamento matris vel avi materni etiam præteritis: utriusque sexûs, tam emancipatis, quàm in potestate constitutis. Et quidem de emancipatis id putat Treutlerus constitutum esse Nov: 118. c. 1. ubi Iustinianus sine discrimine liberos ad paternam successionem vocat. Verùm Hunnius meritò dicit, ea hoc loco intentum non probari, quia eo loco non est sermo de successione ex Testamento, sed ab intestato. Meliùs ergo probatur ex §. 5. *Instit. de exhæred. lib.* ibi. [Simplex ac simile jus, & in filiis & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solùm jam natis, sed etiam posthumis introducit, ut omnes NB. sive sui sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hæreditatem auferendam &c.] Idem à fortiori colligitur ea *Nov*: 115. c. 3. v. *fin.* Quod ad posthumos attinet, cùm non possint præbere causam exhæredationi, non possunt hodierno jure ampliùs exhæredari, adeoque exhæredati non habent opus querelâ, sed dicunt testamentum nullum, ut habet vera sententia contra Connanum, Duarenum, Vasquium & alios, qui nescio quâ subtilitate putant, adhuc hodie posse posthumos exhæredari, illis proinde competere querelam.

621. Secundò, competit Querela etiam arrogatis & adoptatis à persona non extranea. Liberis verò *Naturalibus tantùm*, datur solùm adversus Matris vel avi Materni testamentum l. 29. §. 1. ff. h. t. *De inofficioso testamento matris filii quoque dicere possunt, nisi mater illustris sit.* subintellige: & liberi legitimi superstint. *l.* 5. *C. ad SC. Orfitianum.* ibi. [Sancimos itaque ut neque ea testamento, neq; ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habita, justis liberis existentibus aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat: cùm in mulieribus ingenuis & illustribus (quibus castitatis observatio præcipuum debitum est) nominari spurios satis injuriosum satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse judicemos.]

622. Tertiò, datur querela parentibus adversus testamentum liberorum, in quo præteriti, vel inique exhæredati sunt. §. 1. Inst. h. t. *Non autem liberis tantùm permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus* Quod etiam de testamento filii emancipati procedit. arg. l. 14. ff. h. t. [Pater filium emancipavit, & Nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exhæredatis, patre prætetito vitâ decessit: in quæstione de inofficiosi testamenti præcedenti causa filiorum patris intentio adhuc pendet: quod si contra filios judicetur, pater NB. ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest.

623. Ex qua lege colligitur, quòd in casu quo quis filio exhæredato patrem præteriit, si filius querelam moverit, & obtinuerit, excludat patrem, neque huic competat querela: econtra si succubuerit, pater ad querelam vocetur tanquam præteritus.

Ex hoc autem videri posset inferendum esse, quòd pari modo, si filius legitimè exhæredatus esset, nepos verò præteritus, posset nepos querelam movere, imò testamentum nullum dicere:

dicere. Et ità tenent Vasq. Suar. Iuristæ citati à Perez n. 15. & fundant se in cit. lege 14. Sed contrarium tenent DD. quos refert & sequitur Harppretcht *in* §. 1. *Inst. h. t.* & colligunt ex lege 34. C. h. t. ibi. *Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto ab intestato eum nepotem vocari.* quod ipsum pluribus juribus probat Ant. Perez n. 15. ergo econtrario si pater ingratus probaretur, nepos ab hærede scripto excluderetur.

DICENDUM videtur, quòd quidem excluderetur, si querelam tanquam præteritus non moveret: posset tamen querelam tanquam præteritum instituere, quod hæc lex non negat; & habetur in l. 31. ff. h. t. ibi. *an sequens admittatur videndum. & placuit posse, ut fiat successioni locus.*

614. DUBITATUR tamen hoc loco utrum parentibus competat etiam querela contra testamentum filiifam. militis, de bonis castrensibus vel quasi castrensibus, si in hoc fuerint præteriti. Affirmat Iulius Clarus *q.* 40. *n.* 6. item Covarruvias *c. quia nos 9.* & plures apud eum. Contraria sententia est multò communior, & meliùs fundata. Probatur. Quia per legem novam generalem non censetur correctum & revocatum privilegium priùs concessum, nisi eius mentio fiat: atqui antiquis legibus constitutum est, ut quidem præteritio in testamento pagani vel veterani militis, post annum à tempore militiæ mortui, faceret testamentum nullum, sed non præteritio in testamento actu militantis. §. 6. *Inst. de exhæred. liber.* Sed longè clariùs in lege 37. *C. h. t.* §. 1. & 2. [In His itaque omnibus sancimus (quia ad imitationem peculii Castrensis quasi castrense peculium supervenit) omnes qui tale peculium possident, super ipsis tantummodo rebus quæ quasi castrensis peculii sunt ultima condere (secundùm leges tamen) posse elogia: hoc nihilominus NB. ei addito privilegio, ut neque eorum testamenta inofficiosi querelâ expugnentur. *& infrà.* Sed hoc obtinere oportet, donec in sacris parentum suorum constituti sunt hi qui quasi castrense peculium possident; si enim sui juris efficiantur, procul dubio est, eorum testamenta posse de inofficioso querelam sustinere, cùm neque nomen peculii remanet, sed aliis rebus confunditur, & similem formam recipit, quemadmodum & ceteræ res eorum, quæ in unum congregantur ex omnibus patrimonium.] Hoc ergo privilegium nullibi est revocatum, quia ejus clara mentio in generalibus legibus dantibus querelam facta non est, quod tamen requiritur, ut in tt. C. de legibus dictum est.

615. Quartò, datur querela inofficiosi testamenti fratribus & sororibus præteritis, vel exhæredatis, si turpes personæ fuerint institutæ. §. 1. Inst. h. t. ibi. [Soror autem & frater, turpibus personis scriptis hæredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. *& l.* 27. *C. eod.* Fratres vel sorores uterini ab inofficiosa actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem, durante agnatione, vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt.

DUBITATUR, an rescisso fratris testamento per querelam ad successionem admittantur non tantùm fratres, sed etiam Nepotes ex fratre defuncto, jure repræsentationis. Ratio dubitandi (quæ permovit ad negandum Viglium & Hermannum Vulteum) est, quia in lege 21. C. h. t. dicitur. [Fratris vel Sororis filii, patrui vel avunculi, amitæ etiam vel Materteræ testamentum officiosum frustra dicunt. cùm nemo eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.]

Verius tamen est, jure repræsentationis admitti, sicut admitterentur in successione ab intestato. Neque obstat, quòd filiis fratris denegetur querela. aliud enim est, non posse per querelam rescindere testamentum, & aliud, eo rescisso non posse succedere. hoc secundum non prohibetur, sed legibus est concessum. Unde consequenter dicendum est contra Treutlerum, quòd quando pater testamentum filii subvertit per querelam, etiam cum patre succedant fratres defuncti fratris; quia sic succederent ab intestato, esto non potuissent testamentum fratris tunc per querelam subvertere, utpote contra quos nulla ingratitudo supponitur commissa, sed contra solum patrem.

616. QUÆRITUR nunc 2. An, & ad quos transmittatur Querela inofficiosi. ℞. Transmitti tam ad hæredes Suos, quàm ad Extraneos, sed cum hoc discrimine, quòd ad Suos transmittatur etiam non præparata, ad Extraneos verò non nisi præparata, v. g. per litis contestationem, vel etiam solam interminationem, vel etiam per agnitam Bonorum possessionem. habetur in lege 34. *C. h. t.* ibi. [Jubemus in tali specie eadem jura nepoti dare, quæ filius habebat: & si præparatio facta non est ad inofficiosi querelam instituendam, tamen posse nepotem eandem causam proponere. *deinde l.* 36. Si decesserit filius, hujusmodi querelam licèt non præparaverit, ad suam posterioritatem transmittet: ad extraneos verò hæredes tunc tantummodo, quando antiqui liberis insertam præparationem faciet.]

617. QUÆRITUR 3. Contra quos detur Querela inofficiosi. Ad hoc verbo respondeti potest, dari contra illos, qui ex testamento hæreditatem adiverunt. Ante aditionem hæreditatis ideo non admittitur querela, quia necdum constat, an non alio remedio ordinario possit exhæredatus hæreditatem consequi;

qui: si enim hæres scriptus aut nuncupatus deficeret, jam non esset opus querelâ ad rescindendum testamentum, quia testamentum per se corrueret, & esset locus successioni ab intestato: ergo jam posset hæreditatem consequi remedio ordinario, seu aliâ viâ & jure.

Quodsi ille qui exhæredatus est, vel præteritus, est in possessione rerum hæreditariatum, & hæres scriptus agit hæreditatis petitione, tunc querela non proponitur in modum Petitionis, sed potiùs in modum Defensionis, Exceptionis aut Contradictionis. l. 8. §. 13. ff. h. t. *Si filius exhæredatus in possessione sit hæreditatis, scriptus quidem hæres petet hæreditatem, illius verò in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.*

628. QUÆRITUR 4. Quandonam, seu in quibus casibus cesset querela. ℞. Non esse illi locum 1. Si suppetat aliud remedium, de quo jam suprà dictum est. 2. Si exhæredatio ex causâ legitima & vera facta est. Nam in tali casu censeo, quòd peccaret exhæredatus, si sibi conscius de causa data, nec subsecuta reconciliatione vellet querelam instruere, quia fortè sperat, quòd hæres scriptus sit in probatione succubiturus. reverâ enim testamentum valet, & non meretur rescindi, sicut meretetur, si quidem valeret: sed causa allegata non subesset, & ideo legitimè probari non posset. Hæc enim videtur fuisse mens Imperatoris, volentis infirmanda & evacuanda esse testamenta, quibus exhæredatio fieret causâ allegatâ quidem, sed non subsistente. Unde rectè dixit Brederodius, tunc esse locum querelæ, quando exhæredatus potest bonâ conscientiâ causam inficiari. 3. Non est locus querelæ, quando exhæredatus repudiavit hæreditatem vel querelam, vel tacitâ dissimulatione querelæ renuntiavit, eam per quinquennium intermittendo. In quibus casibus est locus juri accrescendi, si alius etiam ex hæredatus per querelam obtineat, huic enim alterius portio accrescet. *l.* 23. §. *fin. ff. h. t. ibi. Si duo sint filii exhæredati, & ambo de inofficioso testamento egerint, & unus postea constituit non agere, pars ejus alteri accrescit, idemque erit, & si tempore exclusus sit.* 4. Non est locus querelæ, si exhæredatus saltèm aliquid titulo institutionis consecutus est; tunc enim debet omissâ querelâ agere ad supplementum, de quo jam suprà satis superque actum est; atque etiam illud dubium expeditum, an per querelam testamentum quoad omnia infirmetur, vel solùm quoad Institutionem, salvis legatis, fideicommissis, aliisque donationibus.

CONTROVERSIA II.

De Hæreditatis Petitione.

SUMMARIUM.

Hæreditatis variæ significationes. 629.
Quid per Ius defuncti intelligatur. 630.
Quid sit Petitio hæreditatis. 631.
Alia Civilis, alia Prætoria. eod.
Quinam hac actione teneantur. 632.
Quisnam dicatur possidere Pro hærede. 633.
Quis dicatur possidere Pro Possessore. 634.
Quid intersit, consequi bona hæreditaria potiùs hæreditatis petitione, quàm rei vindicatione. 635.
An bonorum possessor possit conveniri petitione hæreditatis utili. eod.
An hæreditatis petitio detur contra debitorem hæreditarium. 636.
An detur contra illum, qui dolo desiit possidere. 637.
An contra hæredis possidentis pro hærede, vel possessore. 638.
An in petitione hæreditatis veniant res alienæ apud defunctum depositæ, &c. 639.

629. HÆreditatis vocabulum valde æquivocum est. Nam. 1. & in acceptione vulgari, aliud non est, quàm cumulus omnium rerum & jurium, quæ defunctus habuit, & in instanti mortis reliquit. Subtiliùs verò sumitur pro illo ipso *Iure* quod inerat defuncto dum viveret, sed eo defuncto fingitur quasi in abstracto existens, ejúsque personam tamdiu repræsentans, donec per hæreditatis aditionem in successore quiescat, quem Hæredem actualem denominat. Definitur l. 62. ff. de R. I. *Successio in universum Jus quod defunctus habuit.* quo sensu dicitur in l. 208. de V. S. Hæreditatis appellationem Vniversitatem quandam ac IUS successionis, non singulas res demonstrare. Qui ergo hæreditatem petit, prætendit se esse personam illam, in qua deinceps Ius illud residere, & personam defuncti repræsentare debeat: in reipsa, & omni fictione seclusâ, prætendit, sibi competere dominium, quod priùs competebat defuncto.

Causa verò fingendi hujusmodi *Jus* in abstracto repræsentans defunctum interea donec aliquis hæreditatem adiret, hæc fuit, quia alioquin Servi hæreditarii (hoc est inter bona hæreditaria contenti) nihil penitus possent acquirere, imò non essent ampliùs Servi, quia nemo eorum esset Dominus: nam hæres futurus necdum est Dominus antequam adeat hæreditatem: ut ergo & Servi manerent, & aliquid acquirere domino possent, fingenda erat persona repræsentans defunctum donec hæreditas adeatur, & adeundo Ius illud quasi occupet, & in se recipiendo su-

do sustentet, sicque persona defuncti non ampliùs per IVS in abstracto, sed in concreto repræsentetur.

630. Porrò Ius defuncti in quod succedi dicitur, non sonat solùm Ius *activum*, id est, Ius quod defunctus habuit adversus alios, & in res suas, sed etiam Ius *passivum* seu obligationes, quibus aliis erat obstrictus, vel quibus suum hæredem aliis obstringi voluit: inter quæ est obligatio solvendi legata, non obstante, quòd rei legatæ dominium statim & immediatè in legatarium transeat, quæ tamen ab hærede consequi debet, ut dicetur.

Quia verò sunt aliqua Iura, quæ ità ossibus personæ inhæreot, ut ad alios transire non possint, ideo de illis non est intelligenda definitio.

631. Ex dictis facilè colligitur quid sit *Petitio hæreditatis*. Nempe est Actio, quâ hæreditatem hacteous explicatam ad nos spectantem vindicamus. Vtrum autem hæc actio sit actio *in Rem* purè, an mixta, non habet in se multum controversiæ, nam in re omnes convenire debent, quòd saltem per accidens fieri possit, & soleat, ut petitio hæreditatis præstationes personales respiciat, & exigat, v. g. si possessor rerum hæreditariarũ exegit debita, aut accepit pretia rerum distractarum, quæ non debet reddere in specie petenti hæreditatem, sed sufficit solvi in genere: cæterùm quoad durationem esse mixtam, patebit ex dicendis.

Porrò sicut Hæreditas alia Civilis est, nempe quæ à Iure Civili, vel ex Testamento secundùm Iura confecto defertur, alia Prætoria, quæ à Prætore defertur, ità Petitio hæreditatis alia est Civilis, & sic antonomasticè dicta (de qua hic agimus) alia Prætoria, nempe Bonorum possessio, quæ eadem continet, quæ continet hæreditas civilis, commoda & incommoda hæreditaria; unde & bonorum possessor instar hæredis habetur. *l. 1. ff. de bonor. possessionib. Bonorum possessio admissa commoda & incommoda hæreditaria, itémque dominium rerum, quæ in his bonis sunt, tribuit: nam hæc omnia bonis sunt conjuncta.* Et in pr. Inst. de bonor. poss. [Quos autem solus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipso jure non fiunt. Nam Prætor hæredem, id est, Dominum facere non potest: per legem enim tantùm vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, veluti per Senatusconsulta & Constitutiones principales, sed cùm eis Prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur.] Neque hæc est mera differentia vocabulorum, sed est differentia realis, in eo sita, quòd hæreditas civilis immediatè & directè universa defuncti commoda & incommoda deferat, atque immediatè hæredem seu dominum faciat. bonorum verò possessio non directò faciat successorem in jus defuncti sive dominum patrimonii, sed jus solùm persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque cùm moreretur fuit. Commoda verò vel incommoda hæreditaria his mediantibus persecutionibus, hoc est, utilibus sive prætoriis actionibus, aut retentionis beneficio per exceptionem, & hoc sensu dicuntur esse loco hæredis, seu finguntur esse hæredes, ut habet lex 2. cod. *in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur.* & lege. 2. de possessoria hæred. possessione dicitur, quòd *per possessoriam hæreditatis petitionem tantundem consequatur bonorum possessor, quantùm superioribus civilibus actionibus hæres consequi potest.* Sed de Bonorum Possess. postea.

632. QUÆRITUR 1. Quinam hac actione teneantur. ℞. Teneri illos, qui *pro hærede*, vel *pro possessore* possideot; neque præscriptione longi temporis extinguitur. l. 7. C. h. t. *Hæreditatis petitionem quæ adversus pro hærede vel pro possessore possidentes exerceri potest, præscriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cùm mixtæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat; à cæteris autem* (qui alio titulo possident) *tantùm specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel usurpationem explosa sit.*

633. QUÆRITUR 2. Quisnam *Pro hærede* possidere dicatur. ℞. Illum, qui possessionis causam reddit, quòd sit hæres, seu id bonâ, seu malâ fide dicat. *l. 11. ff. h. t. Pro hærede possidet, qui putat se hæredem esse: sed an & is qui scit se hæredem non esse, pro hærede possideat, quæritur, & Arrianus putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim & bonorum possessor pro hærede videtur possidere.* Porrò tomo 1. tract. 3. c. 3. de Possessione dixi, dupliciter posse aliquem possidere *Pro Hærede*. Primò, qui quidem est verè hæres, possidet tamen aliqua putans pertinere ad res hæreditarias, cùm tamen non sint hæreditariæ, sed v. g. commodatæ, depositæ &c. & de hoc possessore non est in præsenti sermo, neque contra hunc datur Hæreditatis petitio. Secundò, pro hærede possidet, qui reverà hæres non est, sed tamen hæres haberi vult, & quâ talis possidet, & contra hunc datur Hæreditatis petitio, quâ alius verus hæres petit se hæredem declarari, hæreditatémque sibi restituendam esse.

634. QUÆRITUR 3. Quis dicatur *pro Possessore* possidere. ℞. Illum, qui interrogatus cur possideat, nihil aliud respondere potest, quàm: *quia possideo.* Nec ullum titulum, ne quidem *pro hærede* edere potest. l. 11. & 12. ff. h. t. *Pro Possessore verò possidet Prædo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit: quia possideo; nec contendet se hæredem vel per mendacium.* Ex ultimis verbis Hunnius vult evincere (contra apertum textum legis. 11 citatum,) quòd ille qui per mendacium dicit se hæredem, non possideat *pro hærede*, sed *pro Possessore*. Sed fallitur, nam illorum verborum: *vel per mendacium*: est hic sensus:

sius: *ne quidem per mendacium*. & sic stat, quod alii DD. asserunt, eum qui per mendacium se hæredem dicit, possidere *pro hærede*, & non pro possessore.

635. Petes, quid intersit, quòd bona hæreditaria consequaris hæreditatis petitione potiùs quàm rei vindicatione, adeoque quòd alter possideat potiùs pro hærede vel possessore, quàm aliquo alio titulo speciali, v. g. pro emptore. ℞. Hoc interesse, quòd qui possidet titulo pro hærede, vel possessore, & hæreditatis petitione tenetur, teneatur restituere omnes fructus perceptos etiam ante litem illi motam; qui verò rei vindicatione convenitur, solùm teneatur restituere fructus post litem contestatam perceptos, ut suo loco dictum est *to. 1. tr. 3.* & habetur in lege. 2. C. h. t. [Si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam Musæus ab hærede scripto quæstionis illatæ non ignarus comparavit: tam ipse quasi malæ fidei possessor, quàm hæredes ejus fructus restituere coguntur. Si verò venditionem lite antiquiorem esse liquidò probetur, ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. Fructibus enim augetur hæreditas, cùm ab eo possidetur à quo peti potest. Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur.]

Petitione Hæreditatis non quidem directâ, sed tamen utili conveniri potest etiam *Bonorum possessor*, qui licèt hæres non sit, habetur tamen hæredis loco, ut paulò antè probatum est. l. 11. ff. h. t. ibi. *sed enim & bonorum possessor pro hærede videtur possidere.* Item conveniri potest Fideicommissarius, cùm restituitur ei hæreditas à non vero hærede. Item qui hæreditatem emit à non vero hærede: hi inquam conveniri possunt utili hæreditatis petitione, quia hæredis vicem obtinent. l. 13. §. 4. ibi. [Quid si quis hæreditatem emerit: an utilis in eum petitio hæreditatis deberet dari? venditorem enim teneri certum est. sed finge non extare venditorem, vel modò vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeat? & putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.] & §. 6. *sed & si retentâ certâ quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum.* De his ergo casibus videtur intelligenda lex 9. ff. h. t. quando dicit: *Regulariter eum teneri, qui pro hærede vel pro Possessore possidet.* nam per particulam *Regulariter* innuitur, aliquos insuper esse, contra quos saltem utilis actio detur.

636. QUÆRITUR 4. An Hæreditatis petitio detur contra Debitorem hæreditarium. ℞. Non dari nisi dicat se pro hærede possidere illud debitum. l. 42. ff. h. t. [Si debitor hæreditarius non ideo nolit solvere, quòd se dicat hæredem, sed ideo, quòd neget, aut dubitet, an hæreditas pertineat ad eum ne qui petit hæreditatem, non tenetur hæreditatis petitione.] Et hoc sensu sunt intelligendæ l. 13. §. fin. & l. 14. ubi dicitur. [Item à debitore hæreditario quasi juris possessore hæreditas petitur. Etenim debitor hæreditarius debitum detinet, ejusdémque possessor intelligitur, quamdiu id non præstat, ac præstando potest restitui.]

637. QUÆRITUR 5. An detur contra eum qui dolo desiit possidere. ℞. Affirmativè, quia pro possessore habetur. l. 13. §. 14. *si quis dolo fecerit, quominus possideat, hæreditatis petitione tenebitur.* l. 131. de R. I. *qui dolo desiit possidere pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.* Illud tamen in hoc casu est singulare, & notatu dignum, quòd si quis ab eo qui dolo desiit possidere, obtinuit pretium rei, adhuc possit agere contra eum, qui rem ipsam hæreditariam possidet, sed non econtra, si priùs rem ipsam obtinuit à possessore, possit agere contra eum qui dolo desiit possidere. habetur in *l. 95. §. dolo. ff. de solutionib.* [Dolo fecisti, quominus possideres, quod ex hæreditate ad alienum pertinente apprehenderas: si possessor corpus aut litis æstimationem præstitit, ea res tibi proderit, quia nihil petitoris interest. Cæterùm, si tu antè conventus ex prætetito dolo præstiteris, nihil ea res possessori proderit.] Hinc infero, quòd in casu quo prius pretium quis consecutus est ab eo qui dolo desiit possidere, & deinde etiam corpus ipsum hæreditarium, teneatur, deductis expensis, restituere pretium priori: nam leges hoc non statuerunt in pœnam doli primatiò, sed in securitatem & indemnitatem hæredis, alioquin daretur etiam actio contra illum, quando primò corpus ipsum consecutus esset.

638. QUÆRITUR 6. An detur hæc actio etiam contra hæredes illius qui pro hærede possedit, vel pro possessore. ℞. Affirmativè. Ratio est petenda ex alibi dictis, quòd hæres succedat in omnes obligationes illius cujus est hæres: nam, ut habet Regula 177. *Qui in Ius, vel dominium alterius succedit, Iure ejus uti debet.*

639. QUÆRITUR 7. An in hæreditatis petitione veniant etiam res alienæ, quæ apud defunctum, vel depositæ, vel commodatæ, &c. extiterunt. ℞. Affirmativè. l. 10. ff. h. t. [Et non tantùm hæreditaria corpora, sed & quæ non sunt hæreditaria, quorum tamen periculum ad hæredem pertinet, ut res pignori datæ defuncto, vel commodatæ, depositævè.

CON-

CONTROVERSIA III.

De Bonorum Possessione contra & secundùm *tabulas.*

SUMMARIUM.

Bonorum possessio contra tabulas solis liberis datur. 640.
Vtilitas hujus Remedii prætorii. eod.
Possessio bonorum secundùm tabulas, conceditur cuicunque hæredi scripto. 641.
Necesse est, testatorem habuisse utroque tempore jus faciendi testamentum. 642.
An hodieque sit in usu hoc remedium. 643. 644.

640. AB hoc Prætorio Remedio paucis me expediam, cùm ipsi Iuris Interpretes non usque adeo magnam utilitatem in illo videantur hodie agnoscere, nec inter se satis conveniant, an hodiéque sit in usu.

Bonorum possessio contra tabulas, solis liberis datur, non item ascendentibus, multò minùs lateralibus aut extraneis aliis. Datur inquam liberis, sed non nisi præteritis in testamento, eâ præteritione quæ non habetur pro exhæredatione. *l.* 1. *ff. de bon. poss. c. tab.* ibi. *si neque instituti, neque exhæredati sunt.* Ratio, quia Exhæredati habent querelam inofficiosi, quâ rescindunt testamentum: Instituti verò habent bonorum possessionem secundùm tabulas.

Verùm, hîc statim cuivis occurrit scrupulus, quid serviat aut opus sit hac bonorum possessione contra tabulas, cùm filio præterito testamentum ipso jure sit nullum. Ad hoc Hunnius tres rationes affert, in quibus ego vix aliquem succum invenio. Prima ratio est, quia testamentum tale jure quidem civili nullum est, jure autem prætorio subsistit. 2. Quia requiritur ad rescindendum testamentum quatenus de facto processit. 3. Quia requiritur, non tam ut rescindatur, quàm ut nullum declaretur. Aliam responsionem colligere licet ex Harpprecht & Perez, quòd Iure Civili non sit nullum testamentum, in quo filius emancipatus præteritus est, adeoque talis jure civili non haberet remedium quo ad hæreditatem perveniret, ideo illi est necessarium hoc remedium Prætorium. Filiis Suis præteritis non est quidem necessarium, cùm ipso jure sint hæredes, & ut tales possint dicere testamentum nullum, utiliter tamen eam petunt, si cum paterno judicio agere velint verecundiùs. Utilitas in eo consistit, tum ut occurratur scriptis hæredibus, qui licèt tabulæ sint nullæ, Iure tamen prætorio bonorum possessionem secundùm tabulas signatas septem testium signis petere, & facilè impetrare possunt: tum etiam ut infirmetur totum testamentum.

641. Bonorum Possessio *secundùm tabulas* conceditur cuicunque hæredi scripto secundùm tenorem testamenti. Quamvis ergo in hæredis instituti arbitrio sit, an velit directâ hæreditatis petitione hæreditatem petere, an verò malit priùs postulare bonorum possessionem, & declarari, competere sibi jus persequendi retinendique patrimonii ejus, qui discessit, quod plus habet molestiarum quàm hæreditatis petitio, plus tamen continet securitatis, quia habet præviam Prætoris auctoritatem.

642. Ut autem competat hoc remedium, requiritur, ut testator de cujus testamento agitur, utroque tempore habuerit jus faciendi testamentum, nempe dum illud facit, & dum moritur, quidquid sit, an medio tempore amiserit. Præterea requiritur, ut tabulæ testamenti sint supremæ, post quas nullæ aliæ sint factæ, útque certum sit eas exstare, signatas septem testium signis. l. 1. §. 1. ff. h. t. [Non autem omnes tabulas Prætor sequitur hac parte edicti, sed supremas, hoc est eas, quæ novissimæ ità factæ sunt, post quas nullæ factæ sunt. & §. 8. Exigit Prætor, ut is cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cùm facit testamentum, & cùm moritur.] Hæc si concurrant (inquit Ant. Perez) non admodum spectat Prætor, an injustum sit testamentum, vel nullum, vel ruptum Iure civili, vel falsum, sed si postea tale id fuisse appareat, & alium potiorem hæredem esse, bonorum possessio secundùm tabulas data sine effectu erit: nam ut, cui data est actio, non semper hoc ipso in judicio rem obtinet, ità nec is cui data est bonorum possessio. Interim tamen, dum pendet appellatio à sententia, quâ falsum esse testamentum pronuntiatum est, non erit locus bonorum possessioni ab intestato proximitatis nomine, ut declarat Alexander Imperator l. 1. b. t. C. [Pendente appellatione à sententia, quâ falsum testamentum pronuntiatum est, incerto adhuc an defunctus intestatus decesserit, proximitatis nomine bonorum possessioni locus non est.] Quod si testamentum fuit nuncupativum, tunc non nisi impropriè datur bonorum possessio secundùm tabulas, quæ potiùs secundùm nuncupationem vocanda esset. *l.* 2. *C. h. t.* ibi. *Verùm si eundem numerum* (septem testium) *adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, jure civili testamentum factum videri secundùm nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati juris est.*

643. Dixi suprà, inter JConsultos non convenire, an hodieque Bonorum possessionis aliquis sit usus. Negat Forstetus junior *lib.* 3. *d.* 16. *th.* 8. & quidam alii. Ratio eorum est, quòd omnibus illis, quibus olim Prætor consulere voluit, hodie per Constitutiones Civiles plenissimè sit cautum, nempe *Novellâ* 118. *&* 127. *Auth. cessante cum duabus seqq. C. de legitimis*

gitimis hæredibus, & aliis juribus suprà passim adductis. Contrarium tamen volunt pletique, sed non eodem modo declarant. Bredcrodius duas præcipuas observat utilitates. Prima. Repudians hæreditatem per aditionem Iuris Civilis, nihilominus potest eam agnoscere per bonorum possessionem de jure prætorio. *L. suum hæredem C. de Iure delib.* 2. Elapso termino adeundæ hæreditatis ex Iure Civili (qui sunt 30. anni) potest quis insuper agnoseere bonorum possessionem intra tempua quod jure prætorio (liberis quidem annus, aliis verò 100. dies) præfinitum est: hoc autem tempus non currit ignoranti. Hinc est, quòd si quis per mille annos ignoraret sibi deberi hæreditatem alicujus defuncti, nunquam tamen à bonorum possessione excluderetur. Hæc Bredetodius. Mihi tamen non est verisimile, quòd hanc utilitatem intenderit prætor.

644. Paulò aliter Harpprecht n. 19. & seqq. Si de acquirenda (inquir) Hæreditate quæratur, liberaliùs cum bonorum possessoribus Prætor, quàm cum hæredibus Ius civile agit. Hoc siquidem Iure Civili, qui in aliena sunt potestate, hæreditatem sibi delatam adire non possunt, nisi jussu præcedente eorum quorum in potestate existunt. Iure verò Prætorio bonorum Possessionem etiam ignorantibus his, quorum potestati subditi sunt, petere queunt, & ratihabitio sufficit. *l. 1. C. qui admitti ad bonor. poss. possunt.* Iure Civili complures sunt gradus eorum, quibus hæreditas defertur, & nemo ex inferioribus gradibus hæreditatem adire potest, donec priores omnes exclusi sint, sciatq; quis, eos exclusos esse. *l. 69. & seqq. ff. de acquir. hæred.* At bonorum possessionem etiam inferior gradus agnoscere potest intra vicem eorum quibus ea defertur. *L. fin. C. tit. cit.* Præterea quamvis per Procuratorem Iure civili hæreditas adiri nequeat *l. 86. ff. tit. oct.* sicut nec sub conditione *l. 77. ff. de R. I.* attamen bonorum possessionem prætoriam possum petere tum per procuratorem, tum sub conditione, si scilicet lucrosa sit vel opulenta. *l. 3. §. 7. & l. 7. pr. ff. h. t.* Acquisitâ demum bonorum possessione, hoc proprium est beneficium possessorum, & non hæredum, ut de singularum rerum hæreditariarum possessione habeant interdictum *Quorum bonorum*, explicatum *to. 1. tr. 3. c. 3.* Hæc Harpprecht. Et de his satis, quæ quia in Iure non satis fundata reperiuntur, non immeritò aliqui adeo non curant, ut in suis Commentariis, cæteroquin copiosis, & ad singularem utilitatem studiosæ juventutis scriptis, hunc titulum, qui est decimus libri tertii Inst. penitus intactum relinquant. *Casp. Manzius.*

CONTROVERSIA IV.

De Iure Deliberandi, & Beneficio Inventarii.

Quid sit Jus deliberandi. 645.
Quanto tempore duret. eod.
In quo consistat forma deliberandi. 646.
Pendente diliberatione nihil alienari potest privatâ auctoritate. 647.
De Beneficio Inventarii refertur textus Codicis. 648.
Referuntur commoda Inventarii. 649.
An sit de Substantia Inventarii Signum Crucis in fronte positum. 650.
An hæres teneatur posterioribus creditoribus, si sciens vires hæreditatis insufficientes, solvat creditores alioquin postponendos, aut legata. 651.
An possit hæres cogere legatarios aut creditores, ut accipiant res certas, quarum valor debetur. 652.
Si quid perit, an pereat hæredi. 653.
An hæres possit deducere expensas factas in infirmitate testatoris. 654.
An causæ piæ sit necessarium Inventarium. 655. 656.
An Jura requirentia Inventarium, fundentur in præsumptione fraudis. 657.
An interveniente aliquâ negligentiâ teneatur quivis hæres ad solvenda integra legata. 658.
An nullâ culpâ interveniente. 659.
A quo puncto temporis incipiant currere 30. dies, ad incipiendum dati. 660.
His neglectis an possit juvari 60. diebus ad absolvendum concessis. 661.
Absentibus legatariis quomodo consulendum in confectione Inventarii. 662.
An fideicommissarius universalis teneatur conficere Inventarium, & quando. 663.
An item Usufructuarius universalis. 664.
An possit testator remittere confectionem Inventarii. 665.

645. IUs Deliberandi, est Facultas hæredi concessa, ut intra certum tempus consultare & perquirere possit, an hæreditatem sibi delatam adire, vel potiùs repudiare velit. Ratio concedendi hoc beneficium erat periculum aditionis. Nam aditâ semel hæreditate, statim obligatur omnibus hæreditariis creditoribus, sicut obligabatur defunctus, etiamsi hæreditaria bona non sufficiant ad omnia debita solvenda, ut proinde de propriis solvere teneatur. *l. 10. C. h. t.* [Si te bonis paternis major quinque & viginti annis immiscuisti, neque inopia patris te excusat, neque vis fratris portionem tuam, vel testamentum eripientis arcere de exactione creditorum, qui jure civili pro hæreditaria portione te conveniunt, potest.] Itaque per aditionem hæreditatis (subintellige absque beneficio Inventarii) tenetur ex quasi contractu ad omnia debita defuncti; legatariis tamen non ultra vires

res hæreditatis. *l. 15. C. de Legatis.* ibi. *Si universæ facultates, quas pater vester reliquit, debito fiscali aut privato absumuntur, nihil ex his quæ testamento adscripta sunt valere potest.* Ratio est, quia testator nec legare, nec donare causâ mortis potest ultra vires hæreditatis seu patrimonii; & hoc est discrimen inter Creditores & Legatarios, quòd Creditores certant de damno, Legatarii verò de lucro.

Circa tempus quod ad deliberandum datur, abolitâ solennitate Iuris antiqui, constitutum est *lege fin.* C. h. §. 13. ut à Principe non possit concedi nisi annus, à Iudicibus verò seu Magistratibus non nisi novem menses. Textus paulò post refertur.

646. Forma juris deliberandi in eo consistit, ut pendente tempore non solùm creditoribus, sed etiam hæredibus institutis Prætor vel Magistratus subveniat, illisque copiam faciat Instrumentorum inspiciendorum, unde instruere se possint, expediatne agnoscere hæreditatem, ut in terminis habetur lege 5. ff. h. t. Item fit copia inspiciendi tabulas testamenti, aperiendi & describendi, sine quibus hæres non scit, quænam onera illi imponantur. Incipit autem deliberatio elapsis novem diebus post mortem testatoris, aut illius de cujus successione deliberatur. Nam intra novem dies nemini licet inquietare hæredes, imò ne quidem fidejussorem defuncti, quia est tempus ad luctum concessum. auth. *Sed neque C. de Sepulchro violato.* [Sed neque ante novem dies ab obitu numerandos ulla prorsus fiat molestia adversus quemlibet ex persona defuncti. Si quæ enim cautio, si quid simile fiat, inutile erit: ex hoc nullo præjudicio creditori generando.]

647. Sicut pendente deliberatione Creditor hæreditarius pignora distrahere non potest, ità nec hæres potest quidquam alienare ex bonis hæreditariis, vel diminuere, nisi Decreto Prætoris interveniente, & cum causæ cognitione. *l. 5. ff. h. t.* [Si major sit hæreditas, & deliberat hæres, & res sunt in hæreditate, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt, adito Prætore potest is qui deliberat, sine præjudicio eas justis pretiis vendere: qui possit etiam ea, quæ nimium sumptuosa sunt, veluti jumenta, aut venalicia, item ea quæ morâ deteriora fiunt, vendere.]

Cæterùm, quia Imperator advertit, hac deliberandi facultate necdum satis consultum cautúmque esse hæredibus, eò quòd possent aliqua debita ignorari, ad quæ deinde solvenda tenerentur, constituit Imperator illis plenè consulere, concedendo omnibus hæredibus beneficium *Inventarii*; quod priùs solis militibus erat indultum. Concepit autem hoc beneficium enucleatissimè in lege 22. C. h. t. quæ cùm sit longissima, conantur eam DD. in compendium redigere, omittendo quædam, quæ toti rei lucem afferunt; quare satius est ipsius legis verba referre, quàm eam obscurando lectorem ad Codicem ipsum ablegare. Sic ergo habet paulò post principium.

648. [Ex omnibus itaque istis unam legem colligere nobis apparuit esse humanum, & non solùm milites adjuvare hujusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere: non tantùm si improvisum emerserit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse quam adiit hæreditatem: ità enim nec satis necessarium deliberationis erit auxilium hominibus, nisi formidolosis, qui & ea timent quæ nullâ digna sunt suspicione.

§. I. Cùm igitur hæreditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte, si quidem rectâ viâ adire maluerit hæreditatem, & spe certissimâ hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non posteà eam repudiet, nullo indiget inventario, cùm omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hæreditate ei ex sua voluntate infixâ. Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hæreditatem, & apertissimè intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum hæredem, ei renuntiet: nullo nec Inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando fit alienus ab hujusmodi hæreditate, sive onerosa, sive lucrosa sit.

§. II. Sin autem dubius est utrumne admittenda sit necne defuncti hæreditas: non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hæreditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo Inventarium ab eo conficiatur: ut intra 30. dies post apertas tabulas, vel postquam nota ei fuerit apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hæreditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat Inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, & hoc Inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub præsentia tabulariorum, cæterorúmque qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere hæredem necesse est, significantem & quantitatem rerum, & quòd nullâ malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant: vel si ignarus sit litterarum, vel scribere præpediatur, speciali tabellario ad hoc solùm adhibendo, ut pro eo litteras supponat, venerabili signo antea manu hæredis præposito, testibus videlicet adsumendis, qui hæredem cognoscant, & jubente eo tabularium pro se subscribere, interfuerint.

§. III. Sin autem à locis, in quibus res hæreditariæ vel maxima pars earum posita est, hæredes abesse contigerit: tunc eis unius anni spatium à morte testatoris numerandum damus ad hujusmodi inventarii consummationem: sufficit enim præfatum tempus & si longissimis spatiis distant: tamen placuit dare eis facultatem inventarii con-

cribendi, vel per se, vel per instructos Procuratores, io loca ubi res positæ sunt mittendos.

§. IV. Et si præfatam observationem Inventarii faciendi solidaveriot, hæreditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ adversus legatarios utantur beneficio: ut in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quaotum res substantiæ ad eos devolntæ valeant. & eis satisfaciát, qui primi veniant creditores, & si nihil reliquú est, posteriores venientes repellaotur, & nihil ex sua substantia penitus bæredes amittant: ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed etsi legatarii interea venerint, satisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitao venditione.

§. V. Sin verò Creditores, qoi post emeosum patrimooium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum hæredem ioquietare concedantur, neque eos qoi ab eo comparaverint res, quarum pretia in legata vel fideicommissa, vel alios creditores processerunt. Liceotia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, vel bypothecis, vel indebiti condictione, ori & hæc quæ acceperint, recuperare: cùm satis absurdnm sit, creditoribus quidem Ius suum persequentibus legitimnm aoxilium deoegari, legatariis verò, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.

§. VI. Sin verò hæredes res hæreditarias creditoribus hæreditariis pro debito dederiur io solutnm, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, licet aliis creditoribus, qui ex antiquioribus venioot byporbecis, adversus eos venire, & à posteribus creditoribus secuodùm leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per coodictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.

§. VII. Cootra ipsum tamen hæredem (secuodùm qnod sæpiùs dictum est) qui quantitatem rerum hæreditariarum expendit, nulla actio extendatur.

§. VIII. Sed nec adversus emptores rerum hæreditariarum, quas ipse hæres pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur, cùm satis anterioribus creditoribus à nobis provisum est, vel ad posteriores creditores vel ad legatarios pervenientibus & suum jus persequentibns.

§. IX. In computatione antem patrimonii, damus ei licentiam excipere & retioere, qnidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel Inveotarii confectionem, vel in alias necessarias causas hæreditatis approbaverit sese persolvisse. Si verò & ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, oon hæ confundaotur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: tempotum tamen prærogativa inter creditores servanda.

§. X. Licentia daoda creditoribus, seu legatariis vel fideicomissariis, si majorem putaverint esse substaotiá à defuncto derelictam, quàm hæres in Inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis, quod superfluum est approbare, &c. Ut undique veritate exquisitá oeque lncrum neque damnum aliquod hæres ex hujusmodi sentiat bæreditate: illo videlicet observando, nt si ex hæreditate aliquid hæredes surripueriot, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint coovicti, io duplum hoc restituere, vel hæreditatis quantitati computare compellantur.

§. XI. Dooec tamen Inventarium conscribitur, vel si res præsto sint, intra tres menses, vel si absuerior, intra annale spatinm secundùm anteriorem distinctionem, nulla erit liceutia neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis, eos vel ioquietare, vel ad judicium vocare, vel res hæreditarias quasi ex bypothecarum aothoritate viodicare, sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione hæredibus cooceffum, nullo scilicet ex hoc intervallo creditotibus bæreditariis circa temporalem præscriptiooem præjudicio generando: (*id est, non currit contra illos præscriptio.*)

§. XII. Sin verò postqnam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes, vel absentes inveorarium facere distulerint, & datum jam à nobis tempus ad nventarii confectionem effluxerit; tuoc ex eo ipso qnòd Inventarium secundùm formam præsentis constitutionis non fecerint, & hæredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hæreditariis in solidum teneantur, nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam cootemnendam esse censuerunt.

§. XIII. Et bæc quidem de bis sancimns, qui deliberatiooem onllá petendam esse curaverint, quam putamus qoidem peoitus post banc legem esse supervacuam, & debere ei derogari: Cùm enim liceat eis, & adire hæreditatem, & sine damno ab ea discedete ex præsentis legis auctoritare, quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vanâ formidine, vel callidâ machinatione pro deliberando oobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, & bæreditatem inspicere, & alias contra eam machinatiooes excogitare, & eandem deliberationem flebilibus assertiooibus repetitâ prece sæpiùs accipere: ne qnis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemns quidem eis petere deliberationem, vel à oobis, vel à oostris Iudicibus, non tamen ampliùs ab Imperiali quidem culmine ono anno, à nostris verò Iudicibus novem mensibus, ut neque ex Imperiali largitate alind tempus eis indulgeatur, sed, etsi fuerit datum, pro oihilo babeatur. Semel enim & non sæpiùs eam peti coocedimus.

§. XIV.

§. XIV. Sin autem hoc aliquis fecerit, & Inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem Inventariū cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutū, si non recusaverit hæreditatē, sed adire maluerit, nostræ legis uti beneficio: sed in solidum secundùm antiqua jura omnibus creditoribus teneatur. Cùm enim gemini tramites inventi sint, unus quidem ex antetioribus, qui deliberationem dedit, alter autem rudis & novus à nostro Numine repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur, electionem ei damus, vel nostram Constitutionem eligere, & beneficium ejus sentire, vel si eam aspernandam esse existimaverit, & ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere: & si non intra datum tempus recusaverit hæreditatem, omnibus in solidum debitis hæreditariis teneatur, & non secundùm modum patrimonii, sed etiam si exiguus sit census hæreditatis, tamen quasi hæredem eum in totum obligari. & sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen. & ideo adipsam deliberationis dationē, & divinum rescriptum super hac promulgatum, hoc adjici volumus, ut sciant omnes, quòd omnimodo post petitam deliberationem, si adierint, vel pro hærede gesserint, vel non recusaverint hæreditatem, omnibus in solidum hæreditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, Inventarium autem minimè conscripserit, & vel adierit hæreditatem, vel minimè eam repudiaverit, non solùm creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiæ beneficio minimè utatur. Quod si post deliberationem recusaverit Inventario minimè conscripto, tunc res hæreditarias creditoribus, vel his qui ad hæreditatem vocantur, legibus reddere compelletur: quantitate earum Sacramento res accipientium manifestandâ, (*id est, sit Creditoribus potestas jurandi in litem*) cum taxatione tamen à Iudice statuenda.]

649. In hac elaboratissima Constitutione sequentia Inventarii commoda continentur: 1. Qui facto Inventario, observatis iis quæ §. 2. sunt præscripta, (non petito & impetrato tempore deliberationis, ne suspectum se reddat machinationum, ut §. 13. dicitur) hæreditatem adit, vel se immiscet (adire dicuntur extranei, immiscere se dicuntur hæredes sui) neque Creditoribus defuncti, neque Legatariis tenetur ultra vires hæreditatis. 2. Si solutis debitis, & Legatis, &c. non superesset quarta pars bonorum defuncti, potest à Legatis detrahere Falcidiam, de qua dicetur Tractatu sequente. 3. Licitum illi est (si nescit, quousque hæreditas sufficiat ad solvendum) solvere Creditoribus primò comparentibus primo loco, nec potest à sublequentibus inquietari, etiamsi gaudeant jure Prælationis; quænam autem, & contra quos competat actio habentibus Ius Prælationis, habetur §. 5. 4. Potest deducere impensam funeris, insinuationis testamenti, & confectionis Inventarii, & pro aliis rebus hæreditariis necessarios sumptus factos: Ità ut de reliquo primùm satisfaciat creditoribus, & solvat legata, cum jure detrahendi Falcidiam. 5. Si ipse hæres fuit Creditor defuncti, actiones quas habuit, non confunduntur cum bonis hæreditatiis, sed potest se numerare inter Creditores, & eo ordine ac loco quo venit, sibi solvere, sicque gerere duplicem personam, Debitoris (ut est hæres) & Creditoris. Et hæc sunt commoda facti Inventarii. Incommoda non est opus specialiter repetere, utpote satis expressa in ultimis §§.

Jure Bavarico hæc observantur. Hæredes defuncti, proximi, qui successuri sunt, statim in præsentia Magistratûs ordinarii, vel cotā duobus è senatu deputatis res omnes obsignant: sin autem hæredes proximi successuri tunc non adessent, reliqui hæredes, vel agnati jam dicto modo obsignahunt, & mortem defuncti quamprimùm Magistratui sub pœna amissionis beneficii Inventarii significant. Post obsignationem etiam intra 30. dies Inventarium conficere incipiunt, & intra mensem, quando causæ sontica non obstant, complent: nisi res hæreditariæ saltèm ex parte in remotioribus locis existerent: quo casu si intra mensem Inventarium confici non potest, terminus duorum mensium permittitur, & prorogatio insuper ab hæredibus peti potest. Nobiles per se absque Magistratu res hæreditarias obsignant, & intra legitimum tempus Inventarium conficiunt. Quod si proximi hæredes non essent præsentes, ex Regimine cui defunctus subjectus est, Secretarius deputatur, qui cum Secreto Principis solummodo obsignat: non potest tamen conficere Inventarium. Si jam invenit res obsignatas, nihil agit. L. R. tit. 43. a. t. 2. 3.

650. DUBITATUR 1. An sit de substantia Inventarii, ut hæres in fronte seu capite Inventarii ponat Signum Crucis, prout requiritur in §. 2. per illa verba: *Venerabili signo antea manu hæredis præposito*. Negat Molina, & Lugo, post Bartolum & alios apud eundem Mol. d. 218. n. 11. Alii apud eundem affirmârunt, & nisi consuetudo aliud haberet, & ego affirmandum censerem, non minùs hoc requiri, quàm subscriptionem hæredis, aut tabularii ad fidem Inventario faciendam, quia uno contextu requiruntur: neque me ratio Molinæ moveret, quòd omissio sit admodum levis: poterat enim causa hoc requirendi nō esse levis in Imperatore Catholico. sed ut dixi Consuetudo prævalet, præsertim in illis partibus, ubi Crucis veneratio pro superstitione & Idololatria habetur. sed hic ipse error, & impia simul ac indocta persuasio, vel ex hac ipsa Constitutione redarguitur, quæ Crucis signum *Venerabile* vocat.

651. DUBITATUR 2. An hæres teneatur posterioribus Creditoribus, si sciens vires hære-

hæreditatis non ſufficere ad ſolvendum Creditoribus, & Legatariis ſolvit legata, aut Creditores priùs accedentes, quibus alii Iure præferendi eſſent. Ratio dubitandi eſt, quia Imperator concedit poſteriùs venientibus Creditoribus alias actiones, nec ab hærede requirit ignorantiam. Reſpondetur tamen 1. In praxi vix poſſe contingere, quominus hæres per ignorantiam excuſetur. Solent enim ad Inventarii confectionem (quamvis id non requirat conſtitutio) proclamatione convocari Creditores & Legatarii. ℞. 2. Si tamen dolo ageret, & ſolveret priùs Creditoribus tempore poſterioribus, aut minùs privilegiatis, teneretur utique, quia non eſt mens Imperatoris patrocinari dolo, aut aliis Iuribus, quibus defunctus tenebatur, præjudicare, quominùs hæres eum repræſentans etiam teneatur.

652. QUÆRITUR 3. An hæres cogere poſſit Legatarios, vel Creditores, accipere res certas particulares, quæ tamen non quà tales debentur, aut legatæ ſunt, ſed valor debetur, (v. g. 100. quantum valet unus equus) ſi non ſit in hæreditate pecunia, quâ poſſit ſolvi debitum, aut Legatum, neque etiam reperiatur emptor, qui velit emere, v. g. ob periculum evictionis. ℞. Si cederet in damnum hæredis, ſi non poſſet hoc modo ſolvere debita, poterit ſic ſolvere, & cogere Creditores ad acceptandum. Ratio eſt, quia Conſtitutio vult hæredem indemnem eſſe ſervandum. Si verò nullum damnum inde immineret, quia eſt qui velit emere, liberans venditorem ab evictione, vel quia in hæreditate tantum ſupereſt, quantum requiritur ad ſatisfaciendum emptori pro evectione, vel ſi Creditores & Legatarii cavere vellent emptori de evictione, tunc teneretur vendere, nec poſſet Creditores cogere ad acceptandum, quia aliud pro alio, invito Creditore, ſolvi non poteſt.

653. QUÆRITUR 4. Si poſt mortem teſtatoris aliquid in bonis hæreditariis ſine culpa hæredis pereat, an pereat hæredi, vel Creditoribus, aut Legatariis. Ratio dubitandi eſt, quia antiquo jure peribat hæredi, ut habetur §. 3. *Inſt. de lege Falc.* Nihilominus reſpondetur cum Bartolo aliiſque, quos ſequitur Molina n. 10. & Lugo, perire Creditoribus, aut Legatariis, ſi Inventarium confecit, quia hoc confecto vult Imperator hæredem omnino indemnem ſervari.

654. QUÆRITUR 5. An ſicut poteſt deducere hæres expenſas funeris &c. ſuprà nominatas, ità etiam poſſit deducere expenſas ex ſuis bonis factas in infirmitate teſtatoris. ℞. Si non fecit animo donandi (ſicut non præſumitur) tunc deducuntur, ſicut aliud debitum: & credo, quòd deberet aliis debitis præferri, quia cenſeri debent factæ ex bonis defuncti.

QUÆRITUR 6. An hæres negligens Beneficium Inventarii, teneatur in conſcientia ſolvere debita & legata ultra vires hæreditatis ex propriis bonis. Non eſt autem ſermo de illis ſucceſſoribus univerſalibus qui hæredes non ſunt: ut ſunt Executores hæreditarii, qui tenent vices hæredis, quatenus illis defunctus commiſit, & præſcripſit, quomodo, & in quæ opera velit ſua bona inſumi: tales enim non teneri ultra vires hæreditatis tenet communis ſententia, cùm neque teneantur Creditoribus ex quaſi contractu, nec ex hæreditate lucrum ſperent. Idem dicunt DD. de Vſufructuario univerſali bonorum relicto à defuncto: item de patre qui jure peculii occupat bona filiiſfamilias: de Monaſterio occupante bona Religioſi propter ingreſſum: de fiſco occupante bona ejus, cui propter delictum confiſcantur, aut bona vacantia diſcedentis ab inteſtato ſine conjuge, aut conſanguineo uſque ad decimum gradum. Nam hi omnes non ſunt hæredes, & ideo diſpoſitio Conſtitutionis eos non tenet, cùm ſolùm loquatur de hæredibus.

655. Quoad Eccleſiam etiam, aut aliam cauſam piam, eſt ſpecialis ratio dubitandi, an teneatur ultra vires hæreditatis, ſi negligat Inventarii Beneficium, ſicut alios hæredes dicemus poſtea teneri. Negativam tenent Bartolus, Baldus Covarr. & alii multi, quos refert & ſequitur Diana, *to. 2. tr. 5. Miſcell. reſol. 56.* Affirmativam tenet gloſſa *ca. 1. de Teſt.* & multi alii apud citatos. Covarruvias diſtinguit, & reſpectu Creditorum tenet Affirmativam, reſpectu legatariorum tenet Negativam. Ratio prioris eſt, quia Creditoribus tenetur hæres ex quaſi contractu, non item legatariis: atqui legatariis ideo alii hæredes tenentur, quia contra eos ſtat præſumptio doli commiſſi: quæ præſumptio non habet locum in Eccleſia vel alia cauſa pia.

656. DICENDUM eſt 1. Tam cauſam piam, quàm alium quemcunque hæredem teneri in foro conſcientiæ Creditoribus etiam ultra vires hæreditatis, neglecto beneficio Inventarii. Ità Molina & Lugo, ultra jam citatos pro affirmativa. Probatur autem claré ex Novella 1. *cap. 4. §. fin.* ubi ſic. [Quia verò duplex eſt teſtamentorum modus, aut in ſcriptam delatus diſpoſitionem, aut in non ſcriptam voluntatem, hæc omnia obtinere ſimiliter, & ſecundùm æquam obſervationem, & in non ſcriptis teſtamentis, & in omni ultima voluntate Sancimus, & NB. in omni perſona, ſive privata, ſive militari, ſive Sacerdotali, ſive Imperiali (*id eſt Fiſco*) ſive alterius cujuslibet: Communem namque omnibus hominibus legem ponimus.] Obſervandum autem eſt, quòd in adducto textu revocetur privilegium militare, quod conceſſum erat in §. 16. Conſtitutionis ſuprà relatæ, & ideo ibi hunc §. prætermiſi referre: ibi, inquam ſolis militibus erat indultum, ut non tenerentur ultra vires hæreditatis, etiamſi per ſimplicitatem Inventarium non confeciſſent. Verumtamen eſt, quòd Eccleſia & aliæ cauſæ piæ gauderent beneficio reſtitutionis in integrum, ſi læderentur,

tur, sicut in hoc ipso passu gaudent Minores, ut habetur expresse eod. c. 4. §. [Pupillis autem & Minoribus aetate nihil nostra praejudicat lex. Est enim eis, si quidem etiam secundùm dictas à nobis causas laedantur, duplex quoddam subsidium, & per restitutiones, & per viam contra negligentes tutores vel curatores.

Confirmatur. Nam à Jure antiquo, quo omnes haeredes tenebantur etiam ultra vires haereditatis, soli illi excepti sunt, qui beneficio Inventarii muniti sunt. atqui causa pia nunquam fuit in illo antiquo jure excepta: ergo si Inventarii beneficio munita non est, manebit in terminis Iuris antiqui.

657. DICO 2. Cum eodem Molina & Lugo. Causam piam non ideo liberari ab obligatione satisfaciendi legatariis, quòd alii haeredes teneantur ex praesumptione fraudis. Falsum enim est, Iura fundari principaliter in praesumptione fraudis, sed in poenam contemptùs & negligentiae condemnantur ad solutionem. Ità habetur c. 2. dictae Nov. §. 2. [Si verò non fecerit Inventarium secundùm hanc figuram, sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit Legatarios & Fideicomissarios, licèt purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio. Et hoc dicimus non nostram minuentes legem quam posuimus, sed dabit eis poenam exactio suae malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens nihil poterat damnificari.] Haec omnia extenduntur §. fin. relato ad omnes personas, Episcopos, Clericos, ipsúmque Imperatorem: atqui in his utiq; praesumptio fraudis non habet locum magis quàm in causa pia. Ergo fraus praesumpta non est ratio.

658. DICO 3. Cum iisdem. Si reverà aliqua culpa vel negligentia intervenit ex parte haeredis cujuscunque, etiam Ecclesiae, tenebitur ad solvendum integrè legata etiam ultra vires haereditatis, post latam sententiam, secùs ante latam sententiam. Deducitur Conclusio ex dictis. Nam ad poenam solvendam nemo tenetur nisi post latam sententiam, ut to. 1. tr. 1. & 2. saepius explicatum est.

659. DICO 4. Si nulla culpa intervenit, sed inculpabiliter omissum est Inventarium, tunc si constaret de innocentia, ne quidem in foro externo condemnari posset haeres ad solvenda integrè legata, sed esset locus Falcidiae. Deducitur etiam ex dictis. Nam ubi nulla est culpa, non est locus poenae.

Objicitur ex *cap. Quanquam de Vsuris in 6.* ubi satis clarè dicitur, haeredes solùm juxta vires haereditatis teneri solvere malè parta à defuncto per usuras. Verùm, deberent adversarii probare, quòd loqueretur capitulum de casu neglecti Inventarii, cùm potiùs praesumendum sit, observatam fuisse legem. Verba capituli sunt. [Quanquam Vsurarii manifesti de usuris quas receperant, satisfieri expressâ quantitate vel indistinctè in ultima voluntate mandaverint: nihilominus tamen eis Ecclesiastica sepultura denegetur, donec de Vsuris ipsis fuerit (prout patiuntur facultates eorum) plenariè satisfactum.] Sed etsi capitulum loqueretur etiam de casu non confecti Inventarii, nibil probaret ampliùs, quàm quòd Sepultura non sit deneganda, si secundùm facultates fuerint solutae Vsurae: & quare negaretur? non autem negat esse solvenda debita ab haerede negligente inventarium.

660. QUAERITUR 8. A quo puncto temporis incipiant currere triginta dies, qui in dicta Constitutione designati sunt pro Inventario incipiendo. Aliqui nimis rigidi putàrunt currere à puncto mortis testatoris. Sed his refragatur apertus textus §. 2. *Vt intra triginta dies post apertas tabulas, vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat Inventarium.* Illud etiam concedendum est cum communi DD. quòd, existente legitimo impedimento, v. g. morbi, absentiae, incarcerationis, triginta dies incipiant computari à die cessantis impedimenti: inter haec autem impedimenta numerarem etiam novem illos dies qui ad luctum conceduntur, ut suprà vidimus.

661. QUAERITUR 9. Si haeres neglexit hos triginta dies, non incipiendo in illis Inventarium, postea tamen ità incepit, ut intra sexaginta dies (qui conceduntur ultra 30. priores ad absolvendum Inventarium) vel intra annum, si res sint absentes, illud absolvat, an valeat tale Inventarium, & illius beneficio gaudeat haeres. Negant aliqui. sed longè communior affirmat, hac ratione ducta, quia potiùs mens quàm verba Constitutionis est attendenda; mens autem Constitutionis est, ut absolvatur intra tres menses. Et hanc sententiam veram existimo, si dolus absit, ad hunc enim excludendum videtur Imperator requisivisse initium intra 30. dies.

662. QUAERITUR 10. Quando constat, quinam sint legatarii, & tamen sunt absentes, quomodo illis consulendum, ne in confectione Inventarii aliquid in eorum praejudicium agatur. R. De hoc exstare textum in Nov. 1. cap. 2. §. 1. ubi postquam dictum est, esse legatarios convocandos, subjungitur. [Si verò absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos, & possidentes substantiam, & optimae opinionis existentes non minus tres (tabulariis enim solis, quantùm ad hoc competit, non credimus) coram quibus convenit fieri inventarium, ità ut supervenientibus legatariis, & quaerentibus forsan subreptum aliquid rerum, aut non manifestatum, licentia sit non solùm per servorum examinationem causam quaerere, sed etiam per Iusjurandum haeredis, & jusjurandum testium dicendum, se & adfuisse iis quae gesta sunt, & vidisse quae tunc agebantur, & in nullo conscios esse facta ab haerede malignitatis.]

663. QUÆRITUR 11. An Fideicommissarius universalis teneatur conficere Inventarium, si hæres fiduciarius nullo confecto inventario restituit illi hæreditatem necdum solutis legatis aut fideicommissis particularibus aut debitis. ℞. Affirmativè, quia etsi de rigore non sit hæres, est tamen loco hæredis: ergo neglecto Inventario tenebitur, sicut alii hæredes.

664. QUÆRITUR 12. An Vsufructuarius universalis in Testamento institutus, teneatur facere Inventarium. Ad hoc respondet optimè & cum distinctione P. Molina *d. 219. n. 8.* non teneri quidem hoc sensu, quòd illo non confecto, nec proprietario postulante in nullam pœnam incidat, neque adversus eum possit à proprietario in litem jurari: teneri verò in eo sensu, quòd cùm teneatur reddere rationem rerum quas fruendas accepit, si id proprietarius postulet, omnino conficere teneatur Inventariũ, & sit præsumptio de dolo, si illud renuat. Quodsi Judicis præceptum accedat, illo neglecto, poterit proprietarius adversus ipsum in litem jurare.

665. QUÆRITUR 13. An possit Testator remittere hæredi confectionem Inventarii. De hoc agit multis Molina l. c. Mihi tamen placet brevis & clara resolutio Antonii Perez post Jolinm Clarum & Fachineum, non posse testatorem remittere in præjudicium creditorum; alioquin si remiserit, & hæres non confecerit, in solidum convenietur. In præjudicium verò legatariorum aut fideicommissariorum potetit remittere. Ratio prioris est, quoniam non potest suâ dispositione illorum causam reddere deteriorem. Ratio posterioris est, cùm nihil cogatur illis relinquere, mirum non est, si possit in illorum præjudicium quoad lucrum favere hæredi. Iure Bavarico Testator Inventarium conficiendum contra legatarios & fideicommissarios, ubi non adsunt minorennes, vel hæredes absentes, remittere vel prohibere potest, ut hæredi nihilominus competat Ius Falcidiæ & & Trebellianicæ, L. R. tit. 43. a. 7.

CONTROVERSIA V.

De Hæreditatis Aditione, & Repudiatione, ac Abstentione.

SUMMARIUM.

Aditio Hæreditatis (quæ requiritur in Extraneis, ut fiant Domini hæreditatis, ut suprà dictum) olim quidem cum solennitate fiebat, sed hæc solennitas exolevit. *l. 17. C. h. t. Cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.* Fit ergo hodie vel Signis, vel Re: Signis, ut verbis, nutu, &c. Re verò, v. g. solvendo Creditoribus, petendo bonorum possessionem, relinquendo in testamento portionem sibi ab alio relictam: hoc enim sufficit ad transferendam hæreditatem, absque apprehensione rerum hæreditariarum. *L. 14. C. h. t.* [Si Sorori suæ frater tuus civili, vel honorario successit Iure: licèt res ex ejus bonis descendentes non probetur tenuisse, hæres tamen effectus contra possidentes experiri potest.]

666. QUÆRITUR 1. Si furioso deferatur hæreditas, cùm ipse, utpote mentis inops, eam adire non possit, an Curator ejus nomine eam acquirere possit. Ratio dubitandi est, quia *L. 90. ff. de acquir. hæred.* Paulus respondit, *per Procuratorem hæreditatem acquiri non posse.* Verùm Iure novo aliter constitutum est lege 7. §. 3. ibi. [Sancimus, furiosum quidem nullo modo posse, vel hæreditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere; Curatori autem ejus licentiam damus (imò magis necessitatem imponimus) si utilem ei esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quæ antea ex decreto dabatur, & ad similitudinem bonorum possessionis habere.

667. QUÆRITUR 2. Quomodo pupillo infante majori per tutorem acquiratur hæreditas. ℞. Distinguendo inter hæreditatem seu successionem civilem, & successionem prætoriam, seu bonorum possessionem: hanc enim pupillo delatam tutor etiam nesciente pupillo suâ solius agnitione perfectè acquirit. *L. 7. C. qui admitti ad bon. poss.* [Bonorum quidem possessionem pupilli nomine agnoscere tutorem potuisse, apertè declaratur: ipse autem pupillus bonorum possessionem sine tutoris auctoritate amplecti non potest, nisi etiam impuberi sine tutoris auctoritate hoc postulanti, sciens hoc competens Iudex dederit bonorum possessionem, tunc enim emolumentum successionis videtur ei prætorio Iure quæsitum esse.] hæreditatem verò solo suo consensu Tutor acquirere pupillo non potest, sed insuper requiritur consensus pupilli. *L. 5. C. de Iure delib.* [Potuit pupillus pro hærede, tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus & voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hæreditatem non potuit acquirere,

quirere.] Diſparitatis rationem pulchram reddit Baldus, quòd Bonorum poſſeſſio coram Iudice, eóque interveniente debeat fieri, cujus proinde auctoritas facilè ſupplet, quod perfectioni actûs ex abſentia pupilli deeſt.

668. Aliter ſe res habet in hæreditate Infanti delata, hanc enim tutor per ſe adeundo, vel agnoſcendo pupillo ſuo acquirit. *L.* 18. *eod.* pr. [Si infanti, id eſt, minori ſeptem annis in poteſtate patris, vel avi, vel proavi conſtituto, vel conſtitutæ hæreditas ſit derelicta, vel ab inteſtato delata à matre, vel linea ex qua mater deſcendit, vel aliis quibuſcunque perſonis, licebit parentibus ejus, ſub quorum poteſtate eſt, adire ejus nomine hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem petere. Sed ſi hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans deceſſerit, tunc parentum quidem ſuperſtitem omnia ex quacunque ſucceſſione ad eundem infantem devoluta Iure patrio quaſi jam infanti quæſita capere. Parente verò non ſubſiſtente, ſi quidem poſt ejus obitum tutor infanti ſit vel datus fuerit, poſſe eum etiam adhuc infante pupillo conſtituto ejus nomine adire hæreditatem, ſive vivo parente, ſive poſt mortem ejus ad eum devolutam, vel bonorum poſſeſſionem petere, & eodem modo eidem infanti hæreditatem quærere. Sin verò, vel non ſit tutor, vel cùm ſit, ea facere neglexerit, tunc eodem infante in ea ætate defuncto omnes hæreditates ad eum devolutas, & non agnitas ità intelligi, quaſi ab initio non eſſent ad eum delatæ, & eo modo ad eas perſonas perveniant, quæ vocabantur, ſi minimè hæreditas fuiſſet infanti delata.] Ex qua lege habemus novam, ac peculiarem transmiſſionis ſpeciem, quæ fit ex benigna infantilis ætatis commiſeratione, & ſolummodo locum habet quoad patrem, vel avum paternum, ut poſt Salycetum, Caſtrenſem, & Alexandrum obſervat Ant. Perez o. 24.

669. QUÆRITUR 3. Si quis filium impuberem inſtituit, & unà cum illo unum, vel plures alios, eorúmque unum ſubſtituit filio impuberi, ſi filius impubes moriatur, poſſitne ille ſubſtitutus agnitâ & aditâ hæreditate teſtatoris, repudiare hæreditatem impuberis cui ſubſtitutus eſt. ℞. Negativè per legem an. *C. h. t. prope finem.* ibi. [Placuit etenim nobis, ſive in inſtitutione, ſive in pupillari ſubſtitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, & neceſſitas imponatur hæredi particulari facto, vel aliam, aut alias partes hæreditatis admittere, vel etiam ſubſtitutionem pupillarem.] Videtur autem in hoc textu legendum: *non admittere:* alioquin disjunctio non eſt benè concepta, nec cohæret cum præcedentibus. Sed ità legunt omnia exemplaria, quæ inſpicere potui.

670. QUÆRITUR tamen 4. & difficiliùs: quid ſi ſubſtitutus agnovit hæreditatem pupilli, an teneatur etiam admittere hæreditatem teſtatoris. Et quidem ſi pupillus adivit paternam hæreditatem, tunc clarum eſt, quòd ſubſtitutus unam ſine altera habere non poſſit, quia alioquin pupillus partim teſtatus partim inteſtatus decederet, quia omnia in unum patrimonium redacta ſunt. Si verò pupillus ſe abſtinuit ab hæreditate paterna, tunc iterum videndum eſt, an adhuc alius tertius cohæres fuerit, & tunc quidem poterit habere pupilli hæreditatem, repudiatâ hæreditate teſtatoris, quæ alteri hæredi accreſcet. Si verò nullum cohæredem habuit, tunc eſt magna ratio dubitandi; quia teſtamentum patris penitus deſtitueretur, & nullus ex eo hæres eſſet: ergo & teſtamentum filii, & ſubſtitutio corruet, cùm ſit pars illius; & ità ſentit Accurſius. Sed non improbabiliter opinatur Bartolus *in L. fin. n. 7. ff. de acquir. hæred.* & cum eo Caſtrenſis, ac alii, etiam pupillaria bona poſſe à ſubſtituto ex tabulis pupillaribus obtineri, repudiatâ paternâ hæreditate: ad hoc enim putant ſufficere exiſtentiam ſui hæredis poſt mortem teſtatoris, ut non obſtante abſtentione tabulæ pupillares ſuſtineantur.

Repudiatio opponitur Aditioni, & Abſtentio in hærede *Suo* opponitur Immixtioni, & ſicut hæres extraneus ſufficienter cenſetur repudiare hæreditatem, declarando, quòd nolit eam adire, ità hæres Suus ſufficienter abſtinere cenſetur, nolendo ſe immiſcere. Fundantur iſti modi loquendi in eo, quòd extraneus, cui defertur hæreditas niſi adeat, non ſit ipſo Iure & facto hæres, ſicut Suus, quæ ſuperiùs jam explicata ſunt.

671. QUÆRITUR 1. An pupillus poſſit abſque tutoris auctoritate hæreditatem repudiare. ℞. Negativè. l. 5. C. *de repud. hæred. Pupillorum Repudiatio delatæ hæreditatis ſine tutore authore facta, nihil eis nocet.* Tutore conſentiente pupillo poteſt repudiare, & valet repudiatio etiam malè facta, ſed pupillus aget contra tutorem actione tutelæ, ut ſuo loco dictum.

QUÆRITUR 2. An hæreditatem filio delatam pater ſine filii conſenſu poſſit repudiare. ℞. Negativè *L. 11. C. de Iure delib.* [Renitente te pater tuus, in cujus fuiſti poteſtate, neque ſpem delatæ tibi legitimæ quærendæ ſucceſſionis abſumere, neque hæreditarios manumittendo ſervos, his præſtare libertatem potuit. Vnde colligunt Interpretes hoc verum eſſe, non tantùm in hæreditate adventitiâ, ſed etiam profectitiâ, quæ tota ad patrem ſpectat: ratio eſt, quia & hæc ad filium pervenire poteſt, ſi poſt emancipationem adire velit, quam ſpem non poteſt ei pater adimere.

672. QUÆRITUR 3. An qui ſe ſemel geſſit pro hærede, poſſit poſtea repudiare. ℞. Negativè, niſi habeat Beneficium Reſtitutionis. *L. 4. C. h. t. Sicut major 25. annis antequam adeat delatam hæreditatem, repudians ſucceſſionem, poſt quærere non poteſt, ità quæſitam renuntiando nihil agit, ſed jus quod habuit, retinet.*

673. QUÆRITUR 4. An is qui ex

uno capite hæreditatem repudiavit, possit postmodum ex alio capite admitti. De hoc jam supra actum est, & Respondetur Affirmativè. v. g. si intestati patris successionem filius repudiavit ex capite, *Vnde liberi*, potest eam adire ex capite, *Vnde legitimi*, & tanquam proximior agnatus excludere remotiores. *L. 2. ff. vnde legitimi.* Nec priùs quis plenè excluditur, quàm omni modo delatam hæreditatem repudiet. *L. 70. ff. de acquir. hæred.* ibi. *Nam hoc gradatim consequitur, ut priùs ex testamento delatam hæreditatem, deinde legitimam* (hoc est à lege delatã) *repudiet*. Ordinem tamen invertere non potest, si ab intestato delatam hæreditatem repudiet, censetur se privâsse delatâ ex testamento. *L. 77. ff. eod.* [Illud dubitari potest, an si cùm testamento hæres institutus essem ab eo, qui etiamsi intestatus decessisset, legitima hæreditas ejus ad me pertineret, an simul utramque hæreditatem repudiare possim; quoniam antequam ex testamento hæreditatem repudiarim, legitima nondum ad me pertinet: verùm eodem momento intelligor, & ex testamento, & legitimam repudiare, sicut si legitimam velim ad me pertinere, cùm sciam testamento mihi relictam, videbor antè repudiare testamentum, & ità legitimam acquisivisse.] Excipe, nisi ignorâsset sibi delatam ex testamento. *L. 17. §. 1. eod.* ibi. *Sed si quasi legitimus repudiaverit, siquidem scit se hæredem institutum; credendus est utrumque repudiâsse: si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit.*

APPENDIX AD TOTUM TRACTATUM.

De Executoribus, & Executione Testamentorum.

SUMMARIUM.

674. Quemadmodum Tutores alii sunt Testamentarii, hoc est in testamento dati, alii Legitimi, hoc est à Lege dati, alii Dativi, hoc est à Judice dati, ut dictum est to. 1. tr. 4. ità etiam Executores Testamentorum. Qui rursus alii dicuntur Vniversales, alii Particulares. Vniversales dicuntur, quando nullus hæres in particulari persona institutus est, sed anima defuncti, ad quam voluntatem exequendam aliquis nominatur: ut fit quando quis testatur ad pias causas, & pauperes hæredes instituit indeterminatè, & determinatio pertinet ad Executorē, quem testastor nominavit. Nullo nominato, tradēda est hæreditas (sicut & legata si quæ etiam profana relicta sunt) Episcopo distribuenda. *L. 49. C. de Ep. & Cleric.* in qua lege plura præscribuntur observanda, sed ea in usu sint, ignoro. Particulares Executores sunt, quando aliquis institutus est hæres, & constituitur aliquis qui cætera quæ in testamento, aut codicillo statuta sunt, mandet executioni. Quod si in testamento nullus executor particularis datus est, ad hæredem spectat executio. His positis

675. QUÆRITUR 1. An Clerici & Religiosi possint esse executores. ℞. Per se loquendo affirmativè. *cap. tua nobis de testam.* [Tua nobis Fraternitas intimavit, quòd nonnulli tam Religiosi quàm Clerici, sæculares & laici, pecuniam & alia bona quæ per manus eorum ex testamentis decedentium debent in usus pios expendi, non dubitant aliis usibus applicare. Cùm igitur in omnibus piis voluntatibus sit per locorum Episcopos providendum, ut secundùm defuncti voluntatem universa procedant, licèt etiam à testatoribus contingeret interdici, mandamus, quatenus executores testamentorum hujusmodi, ut bona ipsa fideliter & plenariè in usus prædictos expendant, monitione præviâ compellas.] Ex quibus ultimis verbis colligitur, quòd Religiosi quantumvis alioquin exempti, quoad hoc tamen subsint, ut Episcopo debeant reddere rationem. Quamvis contrarium doceat Em. Rodriq. *to. 3. q. 70. ar. ult.* Mol. *d. 247.* VVadingus & alii, de illis Religiosis, qui non generali tantùm exemptione, sed speciali & plenâ exemptione gaudent. Religiosus debet habere à suo Superiore licentiam. *c. 2. de test. in 6.* [Religiosus executor ab aliquo in sua voluntate ultima deputatus non potest (*cùm velle vel nolle non habeat*) hujusmodi officium suscipere vel exequi, nisi à Superiore suo petitâ super hoc licentiâ & obtentâ.] Alioquin actus est nullus, sicut alii actus à lege prohibiti, secundùm celebrem legem *non dubium*, quam explicui *tr. de legibus to. 1.*

De Religiosis Societ. Iesu exstat in Const. p. 6. c. 3. §. 7. hæc ordinatio. *Vt pleniùs possit Societas rebus spiritualibus juxta suum Institutum vacare, quoad ejus fieri poterit, à negotiis sæcularibus absti-*

abstineat, qualia sunt Testamentariorum, vel Executorum, vel Procuratorum civilium, aut id genus officia, &c. In margine additur, posse à Superiore, nempe Generali, vel qui ab eo facultatem acceperit, dispensari in casu majoris momenti.

Circa Religiosos S. Francisci, Fratres Minores, aliud dicendum est, nempe non posse quidem illos esse executores, posse tamen præbere consilium circa testamentorum executionē: unde & testatores possunt executoribus nominatis præcipere, ut eorum consilio utantur. Quanquam benè notet Molina post alios, quòd non propterea teneantur executores sequi consilium illorum Religiosorum, alioquin in effectu ipsi PP. Religiosi essent executores per alios.

676. QUÆRITUR 2. An fœmina possit esse executrix testamenti. ℞. Affirmativè, & colligitur ex *cap. 3. de testam.* ibi. *Quamobrem te hortamur, ut eam commoneas, quatenus intra annum Monasterium, quod jussum est, debeat ordinare, & cuncta secundum voluntatem defuncti, sine altercatione destruere.*

QUÆRITUR 3. Quænam ætas sufficiat, ut executor quis constitui possit. ℞. Sufficere si decimum septimum annum excesserit; hæc enim ætas sufficit ad hoc ut quis sit Procurator ad negotia, quamvis non sufficiat ut sit Procurator ad litem: quæ omnia probabuntur in proprio loco.

678. QUÆRITUR 4. An cogi quis possit ad suscipiendum munus executoris, & an semel acceptatum possit id postea recusare. ℞. Ad utrumque negativè. *c. 19. de testam.* ibi. *Post mandatum susceptum per diœcesanum cogi debent testatoris explere ultimam voluntatem.*

679. QUÆRITUR 5. Si quid nominato executori relictum est à testatore, isque recuset executionem, an consequetur relictum. ℞. Si illi relictum est expressè in præmium executionis, adeoque sub tacita conditione, si munus exequatur, utique ipso facto & jure eo carebit, illúdque hæredibus accrescet, vel, si alios habet constitutos coexecutores, & illi munus suscipiant, illis accrescet per textum *legis un. C. de caducis toll.* ibi. *Cùm verò quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum cedere.* Quodsi illi non quidem cum expressa tali conditione aliquid relictum est, sed tamen relictum est plus quàm illi pro legitima debetur, illud plus (post Iudicis sententiam, quia in pœnam) ei auferetur, & aliis accrescet. ut habetur *Nov. 1. c. 1. §. 1.* [Si quis autem non implens quod dispositum est, sed dum competat ei qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto Iudicis admonitus annum totum protraxerit, non agens hoc quod præceptum est, si quidem aliquis illorum fuerit, qui necessariò ex lege præcipiunt (*id est legitimam accipiunt*) in plus autem quàm quod lex ei dare vult, scriptus est hæres, tantum accipiat solùm, quantum lex ei dare secundùm quartam (*hodie tertiam*) ei partem ab intestato concedit: aliud verò totum auferri. Et si quidem etiam alii quidam scripti sunt hæredes, accrescere illis, &c.] Uno, vel pluribus recusantibus, possunt cæteri procedere ad executionem, nisi testator contradixerit. *c. cit. in 6.*

680. QUÆRITUR 6. Vtrum executores possint propriâ authoritate vendere bona defuncti ad implendam ejus voluntatem. ℞. Executores universales id posse, secùs Executores particulares. Illud priùs habetur. *l. 28. §. 1. C. de Episc. & Cleric.* ibi. *Et si quidem testator designaverit, per quem desiderat redemptionem fieri captivorum, is qui specialiter designatus est, pro sua conscientia votum adimpleat testatoris.* Posterius habetur *l. 9. ff. de alim. & cibariis relictis.* ubi dicitur, talem executorem bona defuncti, alio scripto hærede, non posse distrahere.

681. QUÆRITUR 7. An Executor transmittat hoc munus ad suos hæredes. ℞. Secundùm principia generalia quæ traduntur alibi, non transmittere, si fuerit electa industria personæ, sed benè, si dignitas in abstracto, v. g. Episcopus talis loci.

QUÆRITUR 8. Vtrum Episcopus cum consensu Executorum (si qui præterea sunt) vel Executores cum consensu Episcopi, possint voluntatem defuncti in aliud opus quàm quod ipse defunctus constituit, & huic possit satisfieri, an inquam possint commutare, saltèm in melius, si non possit prudenter præsumi de testatoris voluntate. ℞. Negativè per Clement. *Quia contingit de Religiosis domib.* ibi. *Cùm ea quæ ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum debeant, non ad alium, (salvâ sedis Apostolicæ auctoritate) converti.* Imò vigore Conc. Trid. *sess. 22. c. 6. de Reform.* neque ab Apostolica Sede fieri debet commutatio nisi ex justa & necessaria causa. Quod ipsum etiam concessum est Supremis Principibus sæcularibus *l. 4. ff. de administr. rer. ad civit. pert.* [Legatam municipio pecuniam in aliam rem quàm defunctus voluit convertere, citra Principis auctoritatem non licet; & ideo si unum opus fieri jusserit, quod Falcidiæ interventu fieri non potest, permittitur, summam quæ eo nomine debetur, in id, quod maximè necessarium Reipublicæ videatur, convertere, &c.] *Decretum Tridentini sic habet.* [In commutationibus ultimarum voluntatum, quæ non nisi ex justa & necessaria causa fieri debent, Episcopi tanquam Delegati Sedis Apostolicæ, summariè & extrajudicialiter cognoscant, nihil in precibus tacitâ veritate, vel suggestâ falsitate fuisse narratum, priusquam commutationes prædictæ executioni demandentur.] Quibus verbis non videtur satis cohærere sententia Sylvestri *v. legatum 4. q. 12.* & Ludovici Beja *p. 4. casu 12.* docentium, quòd Episcopus ob causam, quæ suo judicio videatur justa, possit legatum quodcunque pium ad certum usum relictum, in aliam

alium usum pium commutare, quamvis tale legatom de jure & facto valeat adimpleri. Verùm textus Iuris requirunt auctoritatem Sedis Apostolicæ. qnod tamen intelligendum est, si possit eò recurri. nam si recnrri noo possit, tunc admitto sententiam Sylvestri.

682. Quidsi autem Testatoris volnntas commodè impleri oon possit? v. g. in loco designato non potest ædificari Ecclesia? ℞. Tunc posse commutari, salvâ volontate defuncti quantùm fieri potest, & sic sustinendum est legatnm ne corruat. c. 3. *de testam.* ubi mulier jnssa ædificare Monasterium, trahebat moras. ibi. [Quodsi iotra prædictum tempus sive in loco quo coostitutum erat, seu si ibi non potest, & alibi placet ordioari, tecum implere neglexerit: tuoc per te ædificetur, & omoia per te loco ipsi sine diminutione qualibet assignentur. Sic eoim secundùm piissimas leges dilatas defunctorum pias voluntates Episcopali decens est studio adimpleri.] Quoad legata profana idem cooceditut hæredibus, & aliis executoribus, aut certè Magistratui in lege 16. *ff. de usufr. legato.* ibi. [Legatum Civitati relictum est, ut ex reditibns quot annis in ea civitate memoriæ conservandæ defuocti gratiâ spectaculum celebraretur, quod ibi eelebtari non licet: quæro quid de legato existimes. Modestinus respondit, cùm testatot spectacnlum edi voluerit io civitate, sed tale quod ibi celebrari noo licet, iniquum esse, hanc quantitatem qoam io spectacnlum defuoctus destinaverit, lucro hæredum cedere. Igitur adhibitis hæredibus, & primoribus civitatis, dispiciendum est, in quam rem converti deheat fideicommissum, ut memoria testatoris alio & licito modo celebretur.]

683. QUÆRITUR 9. Ad quem spectet compellere & urgere executiones ultimarum voluotatum. ℞. Quoad causas pias spectat ad Episcopos domicilii defuncti, ut præter textus Iuris Can. allatos statutum est in Tridentino *S. cit.* c. 8. ibi. [Ac ot omnia, quæ ad Dei cultum, aut animarum saluıem, seu pauperes sustendandos instituta suot, ipsi ex officio suo juxta Sacrorum Canonom statuta cognoscant, & exequaotur, non obstante quacunqne consuetudine, etiam immemorabili, privilegio aut statuto.] Idem habetur *Novella* 131. *c.* 10. [Si qois ædificatiooem venerabilis Oratorii, aut Xenodochii, aut Prochii, aut alterius reverendæ domûs, in novissima volnntate fieri disposuerit, &c. Jubemos modis omnibus hæredes ejus quæ ab eo definita sunt, adimplere, locorum Beatissimis Episcopis inspicientibus si gubernatio rectè procedit, & si inveoerint oon utiles existentes rectores, licentiam habentibus sine damno alios pro eis opportunos efficere.] Et in lege 50. *ff. de hæred. petit.* in fine dicitur. *tamen principali vel pontificiali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.* Imò communior est sententia, quòd etiam in causis profanis cura ad Episcopos spectet, nt ultimæ voluntates executioni mandentur, adeo ut coram ipsis conveniri possint executores, quia hoc ad bonū animæ defuncti spectare videtur, quamvis hoc claro Iure firmatum oon sit, & in hoc praxis & coosuetudo observanda est.

QUÆRITUR 10. Quis possit deferre negligentes executores. ℞. Posse quemvis de populo. Nov. 131. c. 11. ibi. in fine. *Et omni alii licentia sit, hujusmodi movere quæstionem, & studere, ut modis omnibus causæ piæ compleantur.*

684. QUÆRITUR 11. Intta quod tempus sit executioni mandaoda voluotas testatotis. ℞. Quoad legata pia exstat in Nov. 131. c. 12. ubi dicitur. [Si autem legatum ab aliquo ad pias relinquitur causas, jubemus intra sex menses ab insinuatiooe testamenti oumerandos, hoc modis omnibus præberi, quibus relictū est. Si autem distulerint, qui in hoc onerati sunt, hujusmodi præbere legaıum: & fructus & nsoræ, & omne legitimum exigatur augmeotum à tempore mortis ejus, qui hoc reliquit.] Hoc autem intelligendum, si testator nollum tempus designavit. Quoad alias ultimas voluotates habetut in Nov. 1. textu jam sop. recitato· nempe si execotores intta annum post admooitionem per Iudicem, aut alium ex Iudicis decreto ipsis factam, ut testatoris impleant voluotatem, eam noo adimpleverint, in pœnam Incidunt amissioois muneris executorum, &: insuper amittendi, quidquid à testaıore ipsis relictum est, præter debitam fortè legitimam.

685. QUÆRITUR 12. Si testator prohibeat rationem exigi ab execotore desigoato, an nihilominus possint ac debeant Iudices Ecclesiastici & Sæculares eam exigere. ℞. Affirmativè. Nov. 131. c. 11. jam adducto: & clariùs Auth. *Licet. de Episc. & Cler. Licèt testator vel donator interdixerit,* &c. *sed clarissimè* c. 9. *de testam. Licèt etiam à testatoribus contingeret interdici, mandamus, quatenus executores testamentorum hujusmodi, ut bona ipsa fideliter & plenariè in usus prædictos expendant, monitione prævià compellas.*

686. QUÆRITUR 13. Quo Iuris remedio ıestamentum ab aliqno detentum poterit obtioeri. ℞. Intetdicto Prætoris de tabulis exhibendis. *L.* 1. *ff. de tab. exhib.* Quodsi non exhibeat, qui eas habet, condemoatnr, quanti actoris interest. *L.* 3. §. 11. *ff. eod. Condemnatio autem hujus judicii, quanti interfuit, æstimari debet.* & l. 1. §. 1. habetur. *Si quis fortè confiteatur, penes se esse testamentum, jubendus est exhibere, & tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in præsentiarum exhibere. Sed si neget, se exhibere posse, vel oportere, interdictum hoc competit.* Et hæc de Testamentis.

Nunc ad alias species oltimarum voluntatum progrediamur.

R. P. CHRI-

(I. H. S.)

R. P. CHRISTOPHORI

HAUNOLDI

E SOCIETATE JESU,

TRACTATUS VII.

DE

DE RELIQVIS VLTIMIS VOLUNTATIBUS,

Vt sunt,

SVBSTITVTIONES, CODICILLI, LEGATA, FIDEICOMMISSA, DONATIONES CAUSA MORTIS.

CAPVT PRIMVM.

DE SVBSTITVTIONIBVS.

CONTROVERSIA I.

De Natura Substitutionis in genere.

SVMMARIVM.

Definitio Accursii. 1.
Definitio P. Molinæ. eod.
Alia Definitio Substitutionis strictè acceptæ. 2.
An Substitutio supponat Institutionem. 2. *& seqq.*

1. Accursius *L. 1. ff. de Vulg. & pupillari subst.* definit Substitutionem in genere: quòd sit *Secunda Institutio.* Per secundam autem Institutionem intelligitur quæcunque non prima, seu primo loco institutio, unde etiam quæ secundo, tertio, quarto loco sit

sit substitutio, adhuc dicitur secunda Institutio. Nam in Iure & apud Ciceronem sæpius fit mentio secundarum tabularum: hæ autem sic dictæ erant, quòd continerent Substitutionem. Cum hac definitione convenit illa, quam Harpprecht adducit, & alii communiter. Verùm hæ definitiones videntur angustiores esse, quàm definitum: nam non omnis substitutus est institutus. non solùm enim in hæreditate (in qua sola datur Institutio) sed etiam in legatis, & donatione causâ mortis, fieri potest substitutio, ut habetur apertè in *L. un.* §. 7. *in fine.* ibi. *Cùm certi Iuris sit, & in Institutionibus, & Legatis, & Fideicommissis, & mortis causâ Donationibus posse substitui.*

In genere ergo melior est definitio P. Molinæ *d.* 182. *Est unius aut plurium in alterius aut aliorum locum ad rem aliquam in ultima voluntate vocatio.* Possunt autem plures uni substitui dupliri modo. primò immediatè: secundò mediatè, & quodam ordine, ut habetur *l.* 1. *ff. de vulg. subst.* ibi. §. 1. *Hæredis substitutio duplex est, aut simplex: veluti:* Lucius Titius hæres esto: si mihi Lucius Titius hæres non erit, tunc Sejus hæres mihi esto: si hæres non erit; sive erit, & intra pubertatem decesserit, tunc Gajus hæres mihi esto.

2. Strictiùs autem Substitutio accepta, & communiter ab Auctoribus definita, est, vocatio ad hæreditatem in locum alterius.

Ex his definitionibus colligunt communiter DD. quòd Substitutio non subsistat, nec locum habeat, nisi quando aliquis primo loco institutus est.

Contra hoc tamen objici potest ex lege 1. citata, ubi §. 2. dicitur: *Substituere liberis tam institutis, quàm exhæredatis possumus.* Ad hanc objectionem respondet Harpprecht, quòd Substitutio dicatur Institutio respectu testatoris instituentis, non respectu ejus cui fit Substitutio. Deinde addit, ità exhætedatis liberis substitui posse, si parens hæredem extraneum instituerit.

Ego responsionis hujus vim non assequor, & aliter respondeo, legem loqui de casu, quo Institutio alicujus extranei corruit ob exhæredationem non legitimè factam, quo casu fideicommissa, & legata sustinentur. Si ergo in tali testamento fuit facta substitutio fideicommissaria hæredi scripto, fideicommissarius rapiet fideicommissum à filio exhæredato, ab intestato succedente, & consequenter erit illi substitutus.

3. Objicitur 2. Potest quis constitui in secundo successionis gradu, & tamen non esse substitutus: ergo definitio convenit alteri, quàm definito. Antecedens probatur ex *L.* 82. *ff. de hæredib. instit. Si quis ità hæres instituatur.* Si legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam: *puto deficere conditionem testamenti, illo vindicante.* R. Negando antecedens, quod nullo modo probatur ex allato textu, ubi legitimus hæres (hoc est ab intestato successurus) neque tacitè, neque expressè hæres institutus est, & per consequens alter non illi substitutus, sed potiùs est immediatè institutus sub conditione, quæ deficit, si legitimus hæres vindicet hæreditatem: & hunc sensum legis hujus astruit post alios Harpprecht *de vulg. subst. n.* 15.

4. Objici posset 3. Quando unus instituitur hæres ad tempus, alius autem instituitur ex tempore, qui modus instituendi permittitur militibus *L.* 41. *ff. de militari test.* hic est secundo loco & gradu institutus, & tamen non est substitutio. ergo definitio convenit alteri, quàm definito. Antecedens quoad primum membrum probatur in exemplo, v. g. si Titius instituat Sempronium ad decem annos, & ex illo tempore instituit Cajum, Cajus est secundo loco & gradu institutus. Quòd autem non sit hæc propria substitutio, videtur probari posse ex eo, quia legata relicta ab instituto sunt à substituto præstanda: atqui ille qui in specie dicta, hoc est à tempore est institutus, non tenetur præstare legata relicta ab eo qui ad tempus est institutus. *L.* 19. §. *fin. eod.* ubi dicitur. [Si quis à milite hæres ad tempus scriptus esset, & alius ex tempore, quæritur, an posterior hæres à priore relicta legata debet, & arbitror hunc non debere, nisi alia voluntas militis probetur.]

R. Negando secundum membrum antecedentis. est enim in illa specie vera substitutio, ut tradit Duarenus. quòd autem talis substitutus contra communem aliorum substitutorum regulam non debeat præstare legata relicta à primo instituto, ratio diversitatis est, quia in hac facti specie ideo substitutus non debet legata, quia primò institutus illud onus in se suscepit, hoc ipso, quia hæreditatem agnovit. In substitutione vulgari verò contrarium est, nam substitutus non admittitur, nisi quando institutus hæreditatem non adivit, vel quia noluit, vel quia non potuit, ut suo loco dicemus: ergo æquissimum est, ut substitutus hæres factus potiùs, quàm institutus ad legata præstanda teneatur. Cur enim teneatur ille, qui institutus quidem est, sed hæreditatem adeptus non est?

CONTROVERSIA II.

De Divisionibus Substitutionum.

SUMMARIUM.

Prima divisio Substitutionis in Directam, & Indirectam. 5.
Fideicommissariæ Substitutionis origo. 6.
Differentia Directæ & Indirectæ Substitutionis. 7.
Substitutionis Directæ subdivisio in 5. *species.* 8.
Modus specialis substituendi concessus militibus. 9.

5. Prima & præcipua divisio substitutionis est, in substitutionem Directam, & Indirectam, seu

sen obliquam aut fideicommissariam, nam hæc sunt synonima. Directã substitutionem definit Duarenus, Cùm recto Iure quis hæres instituitur, cùm quis instituitur verbis directis, verbis civilibus, verbis legitimis, hoc modo. *Titius hæres esto. Si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto.* Utraque institutio directa esse dicitur, tam prima quàm secunda. Verùm, pace Duareni, hæc non est explicatio, nisi per vocabula synonima, imò per vocabula, quæ utrique membro divisionis applicari possunt. Melior ergo est explicatio quæ differentiam realem exprimit. Directa ergo substitutio est, per quam substitutus immediatè, & sine ministerio alterius institoti hæreditatem testatoris consequitur. Indirecta seu obliqua est, quando directo hæredi, ejúsque fidei committitur, ut hæreditatem tradat alteri, adeoque eam non à se testatore, sed ab hærede directo accipiat, unde & *Fideicommissaria* vocatur, fitque verbis obliquis, hoc est, obliquè ad substitutum directis, v. g. *Cajus hæres esto, quem rogo, ut cùm morietur, hæreditatem meam Mævio restituat.*

6. Originem hujus fideicommissariæ substitutionis exponit Imperator in §. 1. *Instit. de Fideicom. subst.* Sciendum, inquit, est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant hæreditatem. quia nullo vinculo Iuris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur.

7. Porrò, substitutio Directa & Fideicommissaria, non in solo instituendi modo differunt, sed in effectu. Primò quidem differunt, quòd directè institutus (qui & *Fiduciarius* dicitur) fiat verus hæres, non item fideicommissarius. 2. Quòd iste debeat accipere ab illo, ante cujus aditionem non habet Ius absolutum, & si ille directus nolit adire, fideicommissum regulariter concidit, quia supponit existentiam hæredis directi: item si directus hæres moriatur ante testatorem, corruit fideicommissum, & succedunt hæredes ab intestato. 3. Directus hæres capit hæreditatem sine diminutione; fideicommissarius non item, quia directus hæres detrahit quartam partem, quæ *Trebellianica* dicitur. Quæ omnia declarabuntur magis in decursu.

Substitutio directa subdividitur communiter in quinque species, nempe in Vulgarem, Pupillarem, Exemplarem, Compendiosam, Reciprocam, seu Breviloquam. Verùm, Molina post Covarruviam & alios, addit sextam speciem, nempe substitutionem Militarem, eámque collocat statim post vulgarem.

8. Definit hanc militarem substitionem Molina, quòd sit *Substitutio directa & simplex, quâ quis ex solo privilegio hæredem sibi substituit.* Per Particulam: *ex solo privilegio*: excluditur vulgaris substitutio, ut patebit ex dicendis: per cæteras particulas excluduntur reliquæ substitutiones.

9. Modum autem specialem, quo miles substituere potest, præcedente Controversiâ insinuavimus, nempe quando duos hæredes instituit, sed unum alteri substituit quoad tempus, primum usque ad tempus, sive certum, sive incertum, ut ad decem annos, vel ad tempus vitæ: alterum verò ex eo tempore, v. g. post decem annos, vel post mortem prioris: ut cujus substitutionis secundò institutus capit hæreditatem, adveniente tempore, imediatè à testatore, neq; primò institutus potest aliquid deducere, sicut potest hæres fiduciarius seu gravatus. Confirmetur hoc privilegium in variis Juribus. *L. 15. ff. de vulg. subst. Centurio filiis*, si intra quintum & vigesimum annum ætatis sine liberis vitâ decesserint, *directò substituit: intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus Iure communi capiet* (nempe ex pupillari substitutione) *post eam autem ætatem* (post quam Iure communi non potest pater filiis substituere directè, si illi hæredes sint) *ex privilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inventis in hæreditate.* Clariùs in *L. 5. ff. de test. mil.* [Milites etiam his, qui hæredes exstiterint, possunt substituere in his duntaxat, quæ sunt ex eorum testamento consecuti.] Et de hac specie nihil aliud speciale. Nunc ordine de cæteris.

CONTROVERSIA III.

De Substitutione Vulgari.

SUMMARIUM.

tes, & Iure deliberandi, ad quoscunque hæredes. 25.
Hæres Suus utroque Iure, sanguinis & deliberandi transmittit. 26.
An transmittat hæreditatem ultra legitimam relictam Iure Suitatis, excluso substituto. 27.
An Fiscus excludat Substitutum. 29.
An pater loco filiifam. instituti possit adeundo hæreditatem excludere Substitutum. 31.
Intellectus §. fin. Inst. de vulg. Substit. 33. & *seqq.*
Solvuntur Objectiones. 36. & *seqq.*
An Monachus non aditam hæreditatem transmittat ad Monasterium cum exclusione Substituti. 40.
Exceptio causæ piæ Redemptionis captivorum aut egentium. 41.
An per Restitutionem in integrum convalescat Substitutio. 42.
Intellectus legis 7. §. 10. *ff. de Minorib.* 43.
An conjunctus institutus præferatur Substituto. 45.
Ius Substitutionis est fortius Iure accrescendi. 46.
De quo genere conjunctorum procedat. 47.
Quid si non uni determinato hæredi, sed indeterminatè substitutum sit. 48.
An procedat de Substitutione vulgari tacitâ. 49. & *seqq.*

10. Dicitur *Vulgaris*, quia vulgò usitata, & communis, & definitur à Grasso, quòd sit sequens Institutio directa, quæ omnibus & ab omnibus fieri potest. quibus ultimis verbis indicatur, quòd in hac substitutione non habeatur delectus personarum sicut in aliis substitutionibus. Paolò accuratiùs eam definit Duarenus c. 4. qòod sit substitutio, quâ secundus hæres instituitur collatâ institutione in eum casum, quo primus hæres non erit. Cum definitione Grassi conveoit definitio Ant. Gomez & Covatruviæ: est directa Substitutio, quæ à quocunque testatore, & comparatione cujuscunque hæredis fieri potest. In qua definitione nomen *Testatoris*, & *hæredis*, accipiendum in sensu formali & reduplicativo, nempe pro eo qui non est Iure prohibitus testari, vel hæres institui. P. Molina eam definit hoc modo. *Est Substitutio directa & simplex, quâ quis absque peculiari privilegio hæredem sibi substituit.* Addit autem hæc verba: *absque peculiari privilegio*, quæ putat necessaria ad excludendam substitutionem militarem. Verùm in definitione Duareni, excluditur ideo, quia non fit in eum casum, qoo primus non erit hæres, nt patet ex dictis præced. Controv. Exempla passim occurrunt, v.g. *Instituo Titium hæredem, qui si hæres non erit* (vel quia non vult, vel quia non potest, v.g. qoia ante testatorem decedit) *substituo Cajum.*

11. QUÆRITUR 1. Qualis præsumenda sit substitutio, quando ob verborum obscuritatem ambiguum est, an sit directa, vel fideicommissaria. R. Esse ioterpretandam directam. c. 1. *de Testam.* in 6. ibi. [Cùm in Substitutionibus semper sit interpretatio facienda (*dummodo earum verbis & personis conveniat institutis*) ut substitutio directa intelligatur potiùs quàm obliqua.] Ratio videtur esse, quia testator mavult communiter alium à se qoam ab alio accipere, & potiùs sibi hæredem esse (qualis non est fideicommissarios) quàm absque titulo hæredis bona hæreditaria consequi, nisi aliter se declaret.

12. QUÆRITUR 2. An Substitutio in casu expresso comprehendat casum oon expressum. Pro intelligentia resolutionis sciendum est, ex duplici capite contingere posse, ut hæres institutus postea non sit hæres. Primum caput vocatur *Caput Impotentiæ*, nempe si à lege reddatur incapax successionis, vel si moriatur ante testatorem. Alterum vocatur Caput *Noluntatis*, nempe quando non vult esse hæres, sive deinde expresse repudiet, sive non, v.g. quia moritur tempore deliberationis, vel qoia ooo rescivit sibi delatam hæreditatem.

13. Porrò, hæc ambo capita possunt in substitutione comprehendi verbis generalibus, vel specialibus & expressis. Generalibus, cùm sic fit. *Si Titius hæres non fuerit*. nam hæc verificantur, ex quocunque capite contingat Titium non esse hæredem, sive enim non possit, sive nolit cùm posset, semper verum est, eum non esse hæredem. Expressis verbis fit, vel exprimendo utrumque caput, vel exprimendo alterutrum tantùm. *Si Titius vel noluerit, vel non poterit esse hæres.* vel: *si Titius noluerit esse hæres*: vel: *si Titius non poterit esse hæres.* Quæstio jam est, si tantùm unum caput est expressum, & illud caput non verificetur, sed verificetur alterum caput, an hæreditas perveniat ad substitutum, vel potiùs ad hæredes ab intestato.

Ad hanc quæstionem respondet Duarenus, hanc esse quæstionem facti, & spectandam esse voluntatem testatoris: de qua voluntate si constet, eam esse observandam: si non constet, negat Duarenus faciendam esse extensionem.

14. Quoad primam partem assentior Duareno, & potest probari ex *lege* 101. *ff. de conditionibus, & demonst.* ubi casus talis ponitur. Pater Severinam Proculam Philippo Cognato nuptiis testamento designavit, eidem filiæ prædium *si Ælio Philippo nupsisset*, verbis fideicommissi reliquit: *Quod si non nupsisset* idem prædium Philippo dari voluit: nondum viri potens puella diem suum obiit: quæsitum est, an prædium pertineat ad Philippum Iure substitutionis. Respondetur: [Cùm in conditionibus testamentorum voluntatem potiùs, quàm verba considerari oporteat, Ælio Philippo fideicommissum, ità datum videri, si ei Procula nubere noluisset: quare cùm ea priùs quàm viri potens fieret, vitâ decesserit, conditionem exstitisse non videri.] Ecce! in hoc casu non extenditur substitutio ad casum impotentiæ, quia substitutio concepta erat in casum *Noluntatis* solummodo, ex præsumpta in

pta intentione testatoris, nempe quia in pœnam *Noluntatis* voluit prædium potiùs ad Philippum, quàm Proculam pervenire: quia verò Procula nullam pœnam promerita est, quia non contempsit nuptias cum Philippo, sed non potuit velle, ideo prædium non ad Philippum, sed Proculam spectavit. Ergo si constet de intentione Testatoris restricta ad unum casum, non extendetur substitutio ad alium casum.

15. Quòd si verò non possit de restricta voluntate testatoris constare ex circumstantiis, tunc contra Duarenum cum communissima sententia dicendum est, quòd Intentio testatoris à lege præsumatur extensa fuisse ad casum omissum. Ità plurimis relatis (nullo in contrarium relato) tenet Michael Grassus §. *Substitutio. q. 7. n. 7.* & longè accuratiùs Ant. Gomez *to. 1. var. resol. c. 3. n. 10.* quem sequitur etiam P. Molina *d. 183. n. 2.* Probatur 1. *ex lege 25. §. 1. ff. de lib. & post.* cujus verba superiùs retuli tr. præced. in qua fit hujusmodi extensio ultimis verbis. *Paulus respondit, verba quidem testamenti ad eum pronepotem directa videri*, qui post testamentum factum nasceretur: [Sed si, ut proponitur, eâdem die, quâ testamentum factum est, sed neptis testatoris, antequam testamentum scriberetur, enixa esset, licèt ignorante testatore, tamen institutionem Iure factam videri.] Idem statuitur in *L. fin. C. de posthum. hæred. inst.* ultimis verbis. [Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cùm posthumus minimè editus fuerit, vel post ejus partum mater prius decesserit.]

16. Hinc infert Gomez 1. contra Angelum Peru. quòd si testator non habens descendentes, instituat fratrem, vel alium hæredem universalem, & in casum quo hæres institutus præmoriatur ante testatorem, substituit alium: tunc si Testator quidem priùs decessit, sed institutus decessit hæreditate non aditâ, substitutus admittatur, & excludatur hæres ab intestato: quia licèt hic casus non sit expressus, est tamen similis expresso, & ideo ad eum ex intentione testatoris extenditur.

17. Infert 2. Quòd si testator instituit hæredem universalem, & ei alium vulgariter substituit, & dixit, si talis substitutus decedat vivo testatore, vel vivo hærede, substituere se alium secundo loco: tunc si primus substitutus supervivat post mortem testatoris & hæredis, sed decedat ante aditam hæreditatem, secundus substitutus debeat admitti ad hæreditatem virtute substitutionis, quamvis casus non sit expressus. Et idem tenent Imola & Alexander.

18. Infert 3. Quòd si testator instituit Titium hæredem, & dixit, quòd si illo tempore non vivat, substituat Sejum, & si Titius hæres vivat, & supervixerit post mortem testatoris, repudiavit autem hæreditatem, vel ex alia causa non sit hæres, admittatur substitut². Plures hujusmodi sequelas, sed tantùm materialiter ab invicem differentes, facit Gomez, & ideo eas non refero.

19. Objicit Duarenus legem 10. *ff. de lib. & post.* Deinde objici potest lex 21. *ff. de vulg.* Ad utramque respondeo, in illarum legum casibus constitisse de contraria voluntate testatoris. Lex 21. sic habet. *Si ità quis substituerit.* Si filius meus intrà decimum annum decesserit, Sejus hæres esto. *Deinde hic ante quartum decimum annum, post decimum decesserit: magis est, ut non possit bonorum possessionem substitutus petere, non enim NB. videtur in hunc casum substitutus.* Ubi adverte, quòd dicat Ulpianus: *Videtur.* nam inspectis quidem verbis est evidens, quòd in hunc casum non sit facta substitutio: ergo Ulpianus interpretatur mentem testatoris. Textus verò legis 10. cit. est iste. *Commodissimè is qui nondum natus est, ità hæres instituitur.* Sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, hæres esto. [Aut etiam purè, neutrius temporis habitâ mentione, si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius ne sub conditione quidem scriptus hæres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus.] Ratio est, quia ex intentione testatoris censetur pro casu non expresso præteritus, & ideo rumpit testamentum. Cur enim testator unius temporis expressam mentionem faceret, si vellet pariter esse hæredem pro alio tempore natum?

20. Objicit præterea Hunnius q. 37. (qui nullo pro se citato auctore facit à communi sententia divortium, quam tamen Bartolus dixit esse ipsam veritatem) Perspicuum, inquit, & luce meridianâ clarius est, quòd casus isti duo, Impotentiæ inquam, & Noluntatis, sint planè diversi, & ità diversi, ut nihil quidquam commune habeant: ergo unus alterum non implicat. ℞. Antecedens esse falsissimum, & ità falsum, ut mirum sit hoc à tam docto viro non animadversum. Nunquid enim hoc commune habent, quòd in utroque casu hæres institutus non sit hæres? nam & Impotentia & Noluntas impedit, quominus sit hæres. Quòd autem intentio possit casus specie diversos comprehendere, etiamsi verbis tantùm unum expresserit, patet in casibus legum pro nobis allatarū. Et est res per se manifesta. Quando enim testator in extremis constitutus, ne quidem per suspicionē cogitat, quòd filius sit incapax factus hæreditatis, fortè quia professus est, vel mortuus, quem pater certò putat vivere, nunquid potest pater hac persuasâ certitudine induci, ut nullam mentionem, tanquam (suâ opinione) supervacaneam faciat impotentiæ, & præcisè dicat; *Si filius noluerit esse hæres, sit Cajus.* & tamen si cogitâsset de morte, aut professione filii, non minùs Cajum substituisset, quia non voluit punire voluntatem filii, sed Cajum præferre hæredibus ab intestato.

21. QUÆRITUR 3. Quomodo substitutio vulgaris exspiret. ℞. Expirare primò per

per aditionem hæreditatis factam à primo instituto. *L. 5. C. de Impub. & aliis subst. Post aditam hæreditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent.* Ratio est manifesta. Nam actus conditionatus deficiente conditione deficit: atqui per aditionem hæreditatis deficit conditio sub qua facta est Substitutio vulgaris, ut patet. ergo.

Hæc Conclusio ampliatur, quòd etiam exspiret substitutio, quando hæres per bonorum possessionem, & non per petitionem hæreditatis adiret hæreditatem, quia in effectu talis pro hærede habetur, ut dictum est præced. tract. & è diverso, si hæres renuntiaret bonorum possessioni, & tamen adiret hæreditatem de Iure civili, exspiraret etiam substitutio vulgaris. Quòd autem hæres possit uni remedio renuntiare retento altero, diximus etiam suprà, & habetur in lege 13. *C. de Iure deliber. Suum hæredem, omissâ bonorum possessione, paternam successionem obtinere potuisse, certi Iuris est.*

22. Limitatur tamen Conclusio, ut non procedat, si hæres sit negligens in exequenda voluntate defuncti, etiam post aditam hæreditatem, nam si intra annum non exequitur voluntatem testatoris, privatur per legem hæreditate, & sic erit locus substituto vulgari, dummodo caveat de exequenda voluntate testatoris, quod habetur, *Auth. hoc ampliùs. C. de Fideicommiss.* [Hoc ampliùs, qui defuncti judicium lege non repræsentatum monitus à Iudice intra annum non implet, excluditur. hoc autem cum onere suo, datâ super hoc cautione, defertur primò substitutis.] Ratio est, quia per talem privationem reducitur res ad eum statum, quo fuisset, si hæreditatem non adiisset. Ex eodem fundamento, & causa redit restitutio, quando minorennis adivit quidem hæreditatem, sed quia reperit eam sibi damnosam, restituitur in integrum; de quo puncto paulò pòst.

Secundò exspirat substitutio vulgaris, si substitutus moriatur, antequam conditio substitutionis expleatur. Ratio, quia spes non transmittitur ad hæredes. Itaque, si substitutus moriatur, antequam institutus complevit tempus deliberandi, etiamsi hic repudiet hæreditatem, nihil proderit hæredibus substituti, sed hæredibus ab intestato.

23. QUÆRITUR 4. An jure transmissionis excludatur substitutus. De hoc incidenter aliquid dictum tr. præced. cùm actum de Iure transmittendi hæreditatem. Nunc autem tanquam in proprio loco de hoc agendum est, & quæritur, an si ille cui alius vulgariter substitutus est, moriatur ante aditam hæreditatem, si cæteroquin gaudeat jure transmissionis, etiam in casu substitutionis transmittat, excluso substituto. Diximus autem tract. præcedente, cùm ageremus de jure transmittendi hæreditatem, triplex esse caput transmissionis, nempe Suitatis, Sanguinis, & Deliberationis. Ratio dubitandi est in aperto, quia conditione non impletâ, quæ requiritur ad transmissionem, non videtur esse locus transmissioni: atqui si is qui habet substitutum vulgarem, moriatur ante aditam hæreditatem, non est impleta conditio requisita ad transmissionem: ergo non est locus transmissioni: ergo est locus substitutioni. Minor probatur. Nam qui vel non potest vel non vult adire hæreditatem, non ponit conditionem requisitam ad transmissionem, imò ponit conditionem requisitam ad hoc ut sit locus substitutioni, nam substitutio fit sub hac conditione, si institutus vel non possit, vel non velit esse hæres. atqui moriens ante aditam hæreditatem non potest esse hæres: ergo, &c.

24. Imprimis extra omne dubium est, quòd hæres suus legitimam sibi debitam absque omni aditione, non obstante quacunque substitutione vulgari, transmittat ad hæredes. Ratio patet ex dictis tr. præced. quia legitima debetur absque omni conditione & gravamine, & jure Suitatis, & fit illius Dominus absolutus statim à morte testatoris, & Iura fingunt aditam esse hæreditatem. Hoc supposito

Prima sententia est, quòd substitutus vulgariter sit præferendus, & non excludatur Iure Suitatis, quando vulgaris substitutio expressa est quoad caput Voluntatis, sive verbis generalibus, sive particularibus expressa sit. Secunda est Baldi, qui simpliciter docet, substitutum excludi per transmissionem.

25. DICENDUM 1. Iure Sanguinis transmittitur hæreditas (eo modo quo suo loco diximus posse transmitti) etiam non adita ad descendentes, & jure deliberandi ad quoscunque hæredes, excluso substituto vulgari. In hac conveniunt Bartolus & Baldus, & cum illis cæteri DD. Probatur. Quia Iura dicunt, quòd extra casus quo est jus transmittendi hæreditatem, vel jure sanguinis, vel jure deliberandi hæreditas non adita pertineat ad substitutum, si quis substitutus est: ergo si hæreditas non fuit adita tunc, quando erat locus transmissioni, non pertinet hæreditas ad substitutum, sed ad eos, ad quos pertineret, si nullus esset substitutus. Antecedens probatur *ex lege un. §. 13.* relato ad ea quæ dicta erant §. 5. [Cùm autem in superiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, nisi NB. quibusdam personis ad hæredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam hæreditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum si voluerit & potuerit, pervenire.] Plura de hoc puncto dixi tract. præced. c. 9. contr. 3.

26. DICENDUM 2. Hæres suus transmittit jure sanguinis & deliberandi, sicut alii hæredes, non obstante quacunque substitutione vulgari. Ratio est, quia Suitas non debet illi obstare, quominus gaudeat eo jure quo gaude-

gauderet, si non esset hæres suus, & quæ sunt communia omnibus hæredibus. Et in hoc etiam non est difficultas.

27. DICO 3. Probabilius est, hæredem suum transmittere hæreditatem ultra legitimam relictam jure Suitatis, excluso substituto, etiam in eo casu, quo eam non potest vel jure sanguinis (quia non habet descendentes) vel jure deliberandi transmittere, quia tempus deliberandi jam effluxit. In hoc conveniunt nunc RR. cum Baldo contra Bartolum & alios; & expressè Molina *d. 183. n. 16.* & supponit P. VVadingus *d. 5. dub. 7. §. 1.* & probabiliorem asserit (quamvis non tractet) Udalricus Zasius *subst. tract. to. 5. §. secunda species.* Ut autem meliùs intelligatur, formetur casus. Titius instituit ex asse hæredem filium suum Mævium, & ei substituit Cajum, Mævius nullis relictis descendentibus, relictis tamen fratribus, elapso deliberationis termino moritur, hæreditate nec aditâ, nec repudiatâ. DICO, non admitti substitutum Cajum, sed transmitti hæreditatem jure *Suitatis* ad fratres, ad quos ab intestato perveniret, si post aditam hæreditatem Mævius è vita discessisset. Probatur Conclusio ad hominem contra Adversarios, qui malè intelligunt & accipiunt caput *Noluntatis*, adjectum institutioni per modum conditionis sub qua alius sit institutus. Putant, inquam sensum esse purè negativum, ità ut conditio purificetur, si institutus nullam ponat voluntatem quâ adeat hæreditatem: hoc autem fit in casu de quo disputamus; ponitur enim non esse adita hæreditas. Hoc, inquam, fundamentum nihil probat, quia nimium probat, nempe quòd nec per transmissionem jure sanguinis aut deliberandi excluderetur substitutus, quia etiam purificaretur conditio. Falsum ergo est, sensum *Noluntatis* esse purè negativum, est enim positivus ex intentione testatoris, nempe si positivè noluerit esse hæres, repudiando hæreditatem: quæ conditio non purificatur, ut patet. Itaque jus transmissionis hoc operatur, ut cùm hæres institutus non repudiaverit hæreditatem, perseveret adhuc jus adeundi, illúdque in hæredem transmittatur, per quem substitutus excludatur.

28. Confirmat hoc benè P. Molina. Nam in hoc sensu & significatione *Noluntatis*, infertur in *lege un. C. de caduc. tollendis.* jam sup. allata, & aliis juribus, ex eo quòd potestas transmittendi jure sanguinis & deliberandi introducta est, excludendum esse ab hæreditate non adita substitutum vulgarem, & admittendum esse illum hæredem, ad quem ex illis capitibus hæreditas transmittitur: ergo idem inferendum est de eo, ad quem vi *Suitatis* ex decisione antiquorum jurium hæreditas transmittitur: præsertim cùm potentior, magisque privilegiata sit *Suitas* ad hæreditatem transmittendam, quàm Ius sanguinis & deliberandi.

29. QUÆRITUR 5. An Fiscus excludat substitutum, in casu quo Instituto aufertur hæreditas tanquam indigno, & solet cedere fisco in casu quo nullus est substitutus. Ratio dubitandi est, quia conditio est purificata: ergo valet substitutio. Ad hoc respondet Franc. Duarenus, & ex eo Hunnius cum distinctione. Si adivit hæreditatem, antequam indignum se reddidit, vel antequam indignus declaratus est, tunc, quia substitutio per aditionem est extincta, utique fiscus succedit, seu aufert Hæreditatem. Si verò institutus nondum adivit hæreditatem, & adire etiam nulit, tunc substitutus succedit, quia conditio est impleta.

30. Objici solet lex 15. *ad S. C. Syllanum*, cujus hæc verba sunt. *Si sequens gradus ultus fuit necem testatoris, an prior hæreditas ad illum transferatur, & ait Papinianus, non esse hoc. Nam pœna illius præmium hujus esse non debet* &c. Hunc textum esse intelligendum, quando hæreditate aditâ fuit extincta substitutio.

Limitat tamen secundum Responsionis membrum Hunnius, ut non procedat, si in fraudem fisci hæreditas fuisset repudiata, tunc enim fiscus substitutum excluderet, per legem 45. *ff. de Iure fisci. In fraudem fisci quocunque modo res alienatæ revocantur.*

31. QUÆRITUR 6. Si aliquis filiusfamilias ab extraneo hæres institutus est, & aliquis ei substitutus vulgariter, si filius repudiet hæreditatem, an pater ipsius possit adire hæreditatem, excluso substituto. In hac quæstione sunt sententiæ oppositæ adeo anctoritatibus firmatæ, ut neutra alterâ receptior dici possit. Refert auctores in utramque partem Harpprecht. *Instit. hoc tit.* & ipse Harpprecht subscribit illis, qui tenent negativam, & putant patrem à substituto excludi.

Mihi omnibus consideratis magis placet sententia favens patri, cujus interest adiri hæreditatem, propter usumfructum quem acquirit, & quia cæteroquin pater potest adire hæreditatem filio delatam invito filio, ut patebit ex dicendis. Hanc sententiam & Juri, & illis quæ de transmissione paulò superiùs dicta sunt, judico esse conformiorem, eámque ex professo propugnat Duarenus *cap.* 10. post Bartolum, Sichardus & Fulgosius *in L. cùm proponas 3. C. de hæredib. instit.* Udalricus Zasius *pu. 4. v. at verò not.* Ferd. Vasq. *L. 1. de success. progressu §. 5. n. 17.* & alii.

Probari solet 1. Ex lege 8. §. 2. *C. de bonis quæ liberis.* ubi dicitur. [Similique modo & in milite filiofam. qui recusaverit aditionem hæreditatis, quæ ei ex castrensibus occasionibus veniat, patri danda licentia adire hæreditatem: ut ad ipsum perveniat pleno jure tam per usumfructum, quàm per dominium eandem hæreditatem possessuro, quasi ipse pater ab initio fuisset hæres institutus, eo videlicet subjacente omnibus

mnibus oneribus hæreditariis, &c.] Ubi ponderanda ſunt illa verba: *quaſi ab initio fuiſſet hæres inſtitutus*: atqui inſtitutus utique præfertur ſubſtituto: ergo & pater in caſu noſtro.

32. Reſpondent Adverſarii, legem hanc loqui ſolùm de caſu quo nullus datus eſt ſubſtitutus, quia nullam facit mentionem ſubſtituti. Quando autem datus eſt ſubſtitutus à teſtatore, ceſſare debet legis diſpoſitio & proviſio, quia conſtat de mente teſtatoris, volentis potiùs ad ſubſtitutum venire, quàm ad patrem. Sed contra eſt. Nam in tali caſu fingitur pater à lege quaſi ſubſtitutus filii, vel potiùs quaſi in perſona filii inſtitutus, cujus intereſt, filium adire hæreditatem: quâ fictione voluerunt leges conſulere patri contra perverſam repudiationem filii in poteſtate conſtituti, & ideo patrem præferre hæredibus ab inteſtato: quidni etiam ſubſtituto? Sicut ergo ſubſtitutus non tollit jus transmiſſionis, ità nec jus patris adeundi hæreditatem nomine filii, hoc enim jus illi à lege ſine limitatione conceſſum eſt.

33. Probari ſolet 2. Ex §. *fin. Inſt. hoc titulo*, ubi generalis regula interpretandi ſubſtitutionem vulgarem traditur, his verbis. *Illa enim verba.* [Si hæres non erit: in eo quidem, quem alieno juri ſubjectum eſſe teſtator ſcit, ſic accipiuntur: ſi neque ipſe hæres erit, neque alium hæredem fecerit: in eo verò quem patremfamilias eſſe arbitratur, illud ſignificant, ſi hæreditatem ſibi, vel ei cujus juri poſtea ſubjectus eſſe cæperit, non acquiſierit.] ergo hoc quod eſt: non facere hæredem patremfamilias, præſupponitur ad hoc, ut ſubſtitutus admittatur: ergo hoc quod eſt: facere eum hæredem, præſupponitur etiam & ſufficit ad excludendum ſubſtitutum, eo prorſus modo quo diximus (& dicunt etiam adverſarii) per transmiſſionem excludi ſubſtitutum, quia per transmiſſionem fit alius hæres.

34. Reſpondet Harpprecht, illum textum procedere, cùm filius vel ſervus hæreditatem adivit, & adeundo patrem vel Dominum hæredem fecit: non autem cùm non adivit. Quia ſi non adivit ſervus, non Domino, ſed vulgari ſubſtituto hæreditas acquiritur. *l. 3. C. de hæredib. inſtituendis.* Ità Harpprecht, & ante eum Fachineus *l. 4. c. 63.* Ut ab ultimo incipiam, lex allata prorſus ad rem non facit, quia non eſt paritas inter Dominum & patremfamilias, nam paterfamilias habet Ius adeundi ſi filius repudiet, & ſic filius facit patrem hæredem etiam repudiando, ut in ſolutione objectionum declarabitur: at verò ſervo nolente adire hæreditatem, etiam jubente Domino, non propterea poteſt eam Dominus adire, & ideo mirum non eſt, ſed potiùs evidens, quòd fiat locus ſubſtituto. & hoc habetur clarè in ipſo textu. [Quod ſi verba ſubſtitutionis ad Ius retulit, ut ſic nec per ſeipſum alium fecisset hæredem (*potuit enim NB. quamvis jubente Domino nolle adire*) ità demum ſubſtitutus vocaretur: ſi tamen paruerit Domino, & adierit, ſubſtitutioni locus non eſt.]

Præterea reſponſio non ſatisfacit argumento, quia gratis reſtringit illum textum, & interpretationem illorum verborum: *ſi alium hæredem non fecerit*: ad factionem per aditionem: ſunt enim verba generaliter concepta: ergo etiam intelligenda de factione per repudiationem.

35. Probat Concluſionem Duarenus 3. Pater & filius in poteſtate conſtitutus, cenſentur una eadémque perſona. *l. fin. inſ. C. de impuberum & aliis ſubſtit.* ergo quocunque eorum exiſtente hærede, alter quoque juris fictione cenſetur hæres exiſtere: ergo ſi pater exiſtat hæres adeundo hæreditatem à filio repudiatam, cenſetur etiam filius eſſe hæres: ergo jam non impletur conditio ſub qua alter ſubſtitutus eſt: nempe: *ſi filius hæres non fuerit.* quia fictione juris eſt hæres. Reſpondet Harpprecht, majorem propoſitionem non procedere in teſtamentis, nam in teſtamentis, voluntas teſtatoris totum facit. certum autem (inquit) eſt, quòd teſtator ſubſtituendo aliquem filio, id velit, ut ſi filius hæreditatem vel ſibi non acquirat, vel ſuâ aditione patrem ſuum hæredem non efficiat, ſubſtituto locus ſit. Sed contra 1. quia ille textus habetur in titulo & materia ſpectante ad teſtamenta, ut patet. Contra. 2. quia falsò ſupponitur certum eſſe, cujus oppoſitum propè certum eſt, quia probabiliſſimum eſt, quòd teſtator, ſciens patris intereſſe, ſi filius adeat hæreditatem, noluerit ſubſtitutum præferre patri, in caſu quo filius nolit adire hæreditatem, quandoquidem leges dant patri poteſtatem adeundi, ſi filius repudiet. Nunc fundamenta contraria diſſolvamus.

36. Objiciunt ergo 1. Abſurdum, & à ratione alienum videtur, eum qui vocatur ad hæditatem voluntate expreſſâ teſtatoris, potiorem non eſſe eo, qui vocatur tacitè à lege ſine expreſſa teſtatoris voluntate; unde teſtamentarios legitimis præferri certum eſt. Hoc argumentum nimium probat, nempe quòd ſubſtitutus etiam præferendus eſſet illis, qui jure transmiſſionis à lege ad hæreditatem vocantur, & tamen etiam adverſarii fatentur ab his ſubſtitutum excludi. Ad argumentum directè reſpondet Duarenus, negando ſuppoſitum, nempe quòd in præſenti ſpecie pater contra teſtatoris voluntatem admittatur: quin potiùs ex ejus voluntate tacita admittitur, quia teſtator cogitâſſe putatur, quòd filius poſſit patrem, etiam repudiando, hæredem facere, ſi pater velit uti jure ſuo, & adire hæreditatem à filio repudiatam.

37. Objiciunt 2. Vulgaris ſubſtitutio locum habet, ſi hæres inſtitutus aut nolit, aut non poſſit eſſe hæres. atqui in caſu noſtro filius familias non vult eſſe hæres, quia repudiat hæreditatem. Ergo fit locus ſubſtituto. Ad hoc jam abunde reſponſum eſt, in majore prop.

ſubin-

subintelligendum esse; *nec alium hæredem fecerit*: & hoc ex ipsius legis interpretatione, ut relatum est, & admittunt adversarii in casu transmissionis.

38. Objiciunt 3. Servus non adiens hæreditatem non acquirit domino, sed ad substitutum eam transmittit. *l. 3. C. de hæred. inst.* ergo idem in filiofamilias obtinebit. ℞. Negando paritatem. Disparitatem paulò superiùs dedi, nempe quia servus non facit domino potestatem adeundi, si ipse servus repudiet: filius fam. autem facit patri locum, ut ipse possit adire, & sic facit alium hæredem.

39. Objiciunt 4. Absurdum est, quòd filius faciat patrem hæredem repudiando, sicut facit adeundo. Quemadmodum enim nemo repudiando hæres unquam existit, ita nec alium hæredem facere potest. ℞. 1. Repudiationem non esse causam adæquatam, quòd pater acquirat hæreditatem, sed unà cum lege, & accedente aditione patris. ℞. 2. Antecedens esse verum loquendo de Repudiatione efficaci, & procedente à voluntate non subordinata alteri, Voluntas autem filii fam. est subordinata voluntati patris, & ejus consensum requirit, & potest à voluntate patris suppleri aditionis voluntas, sicut suppleret, etiam in adversariorum sententia, casu quo nemo esset substitutus: & sicut in illo casu pater fieret hæres per propriam aditionem, præsupposità filii repudiatione, quia ut suprà dixi est à lege quasi substitutus filio, ità etiam quando facta est substitutio, supplebit voluntatem filii adeundo hæreditatem, & sic faciendo, ut fictione juris censeatur filius adivisse, in cujus commodum redundat iterum patris aditio.

Objiciunt 5. Esse institutum, est facti, esse hæredem est juris. quæ autem facti sunt, ea ad patrem transire non possunt. Sed, quis tam cæcus est, ut non videat, hoc totum adversariis solvendum esse, quia totum argumentum procedit, quando nulla facta est substitutio, & tamen tunc pater adeundo fit hæres. ℞. Ergo, factum, hoc est, esse institutum transire ad patrem fictione juris, quia censetur pater in filio institutus, cum quo est civiliter una persona, & ideo non obstante repudiatione filii prævalet voluntas patris, utpote quæ est superior, & alterius gubernativa.

40. QUÆRITUR 7. An Monachus hæreditatem non aditam transmittat ad Monasterium cum exclusione substituti. Quæstionem hanc utpote minùs utilem, non vult disputare Duarenus, sed putat eam esse Monachis relinquendam. Sed quare non ad Juristas spectet quæstio quæ de Iure est, & ex Iure decidenda? Est autem quæstio de Monasteriis capacibus successionis. Negativè respondent Ferd. Vasq. & Grassus §. *Substitutio* q. 9. Verior tamen sententia est, substitutum à Monasterio excludi, adeoque si talis Monachus hæres institutus, habens substitutum, moriatur ante aditam vel repudiatam hæreditatem, transmittitur jus adeundi ad Monasterium excluso substituto. Ità Panormitanus *in cap. in præsentia de probat.* & Tautz *de vulg. subst. n.* 128. dicens in tota Germania hoc esse receptum, quos sequitur P. VVadingus *dub.* 7. §. 2. Fundatur hæc sententia in Novella 123. alibi relata, in qua Imperator declarat, omnia onera substitutionum sublata esse in favorem Monasterii: nempe quia religiosus se suaque omnia donavit Monasterio, quæcunque enim ad eum spectant, vel spectabunt, debentur Monasterio, & ideo transfert etiam Jus adeundi hæreditatem in consequentiam; sicut cùm arrogatus transfert suam personam in arrogantem, ideo transfert quoque omnia bona & jura Itaque sicut si nullum haberet substitutum, moriendo ante aditionem transferret in Monasterium, ità etiam adjectâ substitutione, quæ per transmissionem tollitur, ut suprà dictum.

41. Excipe tamen, nisi substituta esset causa pia Redemptionis captivorum, aut alendorum egentium, tunc enim Monasterio præferretur causa pia, per auth. nisi rogati. *C. ad Trebell.* quæ desumpta est ex Novella 123. *c.* 37. *in fine.* ibi. [Si tamen in redemptionem captivorum aut egentium alimenta sub prædictis conditionibus substitutio aut restitutio fiat, ex nullo memoratorum modo eam excludi permittimus.

42. QUÆRITUR 8. Si quis vulgariter substitutus sit Minori, vel alteri gaudenti beneficio Restitutionis in integrum, isque hæreditatem adierit, sicque substitutio evanuerit: postea verò animadvertens, se hæreditatis aditione læsum, petat restitutionem in integrum; quæritur, inquam, an substitutio convalescat, & substitutus succedat excludens hæredes ab intestato. Affirmant communiter DD. videturque satis apertè colligi ex *l.* 44. *ff. de re judicata.* ibi. [Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore authore, & condemnata est, postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis. & ità bona defuncti ad substitutum vel ad cohæredes pervenerunt.] Ratio etiam satis efficax redditur, quia restitutio in integrum facit, ut fictione juris omnia sint in antiquo statu, perinde ac si nihil actum esset: unde talis hæres post restitutionem non nisi solo nomine hæres dicitur.

43. Contra hanc receptam sententiam difficultatem non levem ingerit *lex* 7. §. 10. *ff. de Minoribus.* ubi dicitur, quòd servus substitutus minori restituto non admittatur, nisi quando hæreditas solvendo non est: cujus ratio esse videtur, quòd Prætor nolit suâ restitutione obesse defuncto: obesset autem, si servus non cogeretur adire hæreditatem, quæ solvendo non est, sic enim bona hæreditaria cum testatoris ignominia distraherentur, quæ tamen redundat in servum, si hæres necessarius existat. Respondet ad hanc objectionem Hunnius, hoc in servo speciale

ciale esse ideo, quia cùm servus tam civili, quàm prætorio jure pro nullo habeatur, ideo restitutio in integrum, quæ Remedium prætorium est, ad servum non spectat, nec ei prodest, nisi in casu posito, & in lege expresso, quando nimirum hæreditas solvendo non est.

Verùm, hæc responsio mihi non plenè satisfacit. nam esto Prætor directè non intendat prodesse servo, quando tamen beneficium facit uni, restituendo omnia in pristinum statum, non vult impedire ne per consequentiam alteri prosit: quia non vult impedire, ne Testatoris voluntas exitum habeat, cujus intentio utique fuit, servum habere hæredem, si institutus esse nolit, & in effectu reipsâ non sit.

44\. CENSEO itaque aliter esse respondendum, & dicendum: in servo speciale esse ideo, quia, ut ex §. 1. *Inst. de hæredib. inst.* colligitur, servus tunc solùm & in illis casibus admittitur ad hæreditatem, quando si nollet, cogi posset etiam invitus adire, utpote hæres necessarius: atqui postquam minor institutus hæreditatem semel adiit, servus ab hoc onere liberatus est, ut non cogatur adire hæreditatem: quam liberationem non amittit per restitutionem Minoris, sicut non amitteret libertatem, quam consecutus esset beneficio substitutionis, in casu quo minor statim ab initio hæreditatem repudiâsset, postea verò per restitutionem hæreditatem adiisset: ergo in casu nostro, quo hæreditas est solvendo, meritò servus substitutus non ampliùs admittitur, nec substitutio reconvalescit, quia cùm pro tali casu servus cogi non possit, pro eodem nec volens admitti debet: alioquin non esset hæres necessarius, sed voluntarius.

45\. QUÆRITUR 9. An Conjunctus institutus præferatur Substituto. Hæc quæstio aliis & clarioribus terminis proponitur, an Ius accrescendi sit fortius substitutione. In casu res meliùs apparebit. Instituti sunt duo hæredes, Titius & Cajus, & uni eorum est substitutus alius, v. g. Titio est substitutus Sempronius, hoc modo. *Titius & Cajus mihi hæredes sunto, si Titius non erit, sit Sempronius.* possunt alii plures modi & formulæ concipi, ut patebit ex decursu: quæritur, an si Titius moriatur necdum aditâ hæreditate, ejus portio accrescat Cajo, vel an jure substitutionis eam consequatur Sempronius. Et quidem si de testatoris mente constaret, utrum eorum vellet præferri, is utique præferendus esset: verùm quæstio procedit insistendo verbis, & præsumptioni Iuris.

46\. Recepta & vera sententia est, quòd Ius substitutionis sit fortius jure accrescendi. Auctores videri possunt apud Ferd. Vasquez lib. 2. in præfat. & Grassum q. 13. Habetur in *l.* 2. §. 8. *ff. de bonor. possess. secund. tab.* ibi. [Si duo sint hæredes instituti, Primus & Secundus, secundo tertius substitutus, omittente secundo bonorum possessionem Tertius succedit; quòd si Tertius noluerit hæreditatem adire, vel bonorum possessionem accipere, recidit bonorum possessio ad primum, nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso jure ei accrescet.] Ratio est. Quia existente provisione hominis cessat provisio legis. atqui substitutio est provisio hominis in eum casum, quo institutus non est futurus hæres: Ius verò accrescendi est mera provisio legis, ex præsumpta voluntate testatoris, qui, si non providit per substitutionem, censetur voluisse unius nolentis portionem alteri accrescere: ergo, &c.

Dixi. nisi aliud constet de voluntate testatoris: ut habetur in *l.* 30. *hoc tit.* illis verbis. *Respondi, eam videri voluntatem patrisfam. idque apparere evidenter ex eo, &c.* Erat autem casus iste legis. Testator in testamento suo duos hæredes instituit, in primo gradu Proculum in tribus unciis, Quietum ex novem unciis, & ità complevit totam hæreditatem, & hic est primus gradus. In secundo gradu substituit singulis: Quieto substituit Florum, Proculo Sosiam, & hic est secundus gradus. Tertio gradu ità substituit: *si neque Florus, neque Sosias hæredes erunt, Colonia Leptitanorum ex novem unciis hæres esto.* Deinde instituit plures alios hæredes ex variis partibus, & in hac institutione excessit quantitatem trium unciarum, adeoque hæreditatem divisit in plures, quàm duodecim uncias. Quietus, qui institutus fuit in primo gradu ex novem unciis, adiit hæreditatem, & sic exclusi fuerunt in illa parte substituti in secundo & tertio gradu. Proculus & Sosias vivo testatore decesserunt, quorum ille in primo gradu institutus erat, & Sosias ei substitutus. Qui erant instituti in tertio gradu, petebant hæreditatem: quæsitum est, an hæreditas ad illos pertineret, an verò ad Quietum Iure accrescendi. Expendit Iureconsultus verba Substitutionis in tertio gradu, *si neque Florus, neque Sosias hæredes erunt.* & colligit, ac concludit, quòd testator ità demum hæreditatem ad substitutos in tertio gradu voluerit pervenire, si tota hæreditas vacaverit: atqui tota hæreditas non vacavit, nam Quietus adeundo hæreditatem novem uncias accepit: collegit autem illam testatoris mentem evidenter ex eo [quòd plures, quàm duodecim uncias inter eos distribuisset: & ideo partem quartam hæreditatis, de quâ quæritur, ad Quietum pertinere.] Quæ sanè collectio obscura quidem est, sed tamen hinc apparet, quòd intentio testatoris sit præ omnibus observanda.

47\. Contra communem sententiam objici potest hoc modo. Vel illa opinio procedit de omnibus, & quocunque modo conjunctis, hoc est conjunctis re & verbis, conjunctis re, non verbis, & conjunctis verbis tantùm; vel procedit tantùm de certo aliquo genere conjunctorum. sed de nullo genere conjunctorum videtur procedere. Ergo, &c. ℞. Procedere de quocunque genere

genere conjunctorum, ut præ cæteris disertiùs asserit Vasquius n. 13. Itaque substitutus excluditâ Iure accrescendi conjunctum tam mixtim, quàm verbaliter tantùm, & realiter taotùm conjunctum. Formulam ponit istam. *Titio fundum lego. Sejo eundum fundum lego & Sejo Mævium substituo.* Sunt realiter conjuncti, & non verbaliter, quia per diversas enuntiationes. Idem est si dicatur: *Titius hæres esto, & Sejus hæres esto. & Sejo Mævium substituo.* Et in hoc genere conjunctionis est maxima ratio dubitandi. Quia Titius ad solidam hæreditatem vocatur & invitatur: ergo deficiente Sejo videtur tota hæreditas ad ipsum pertinere. Verùm optimè respondet citatus JCtus, quòd Sejus etiam ad totam hæreditatem invitatus sit, & ideo dimidiam partem Titio auferat, quia similiter vocatus est. Vnde æquas partes concursu faciunt, quia non est cur alter alteri præferatur. Ergo si Sejus de medio subtractus sit, & Mævius ejus locum vi substitutionis occupaverit, superest, ut eodem Iure utatur, quo uteretur Seius primò nominatus, in cujus locum intravit, & consequenter partem auferat Titio, quia prætet Seium nullum agnoscit Superiorem, & quia hujus locum occupavit, jam incipit haberi periode, acsi reverâ ipse fuislet primordialiter invitatus. Hoc observato cessat omnis difficultas, quia sicut vi Institutionis Titius & Seius censebantur una eadémque persona, ità Titius & Mævius postmodum censeutur una persona.

48. Sed quid si non uni determinato hæredi facta sit substitutio, sed indeterminatè: v. g. *Titius & Cajus sint hæredes, quibus substituo Mævium.* si deinde unus eorum repudiet hæreditatem, vel aliàs non sit hæres, alter verò, vel reliqui hæreditatem adeant, accrescetne illis pars repudiantis, vel eam accipiet substitutus? R. ex verbis colligendum esse, quæ mens fuerit Testatoris. si enim dixisset: *Si neque Titius neque Caius hæres erit, Mævius sit:* tunc per Ius accrescendi excluderetur substitutus, & vel uno adeunte extingueretur substitutio, & esset locus accretioni. Si verò substitutio facta esset seorsim, v. g. *Si Titius non sit hæres, sit Mævius, & si Cajus non sit hæres, sit Mævius.* vel si diceret: *Quicunque horum non sit hæres, ejus loco sit Mævius.* vel: si alteruter horum non sit hæres, &c. tunc substitutio valeret, & non esset jus accrescendi. Si denique verba sint obscurè concepta dicendo: *Titium & Cajum hæredes instituo, & illis Mævium substituo;* tunc sanè videtur præsumendum de intentione testatoris, quòd voluerit Mævium illis seorsim substituere, & maluisse habere Mævium cohæredem, quàm unum solum ex illis. & ità censet Angelus, & alii, quamvis contrarium videatur communiùs asseri apud Ferd. Vasq. *n.* 8. & apud Grassum *q.* 13. *in fine.* & est etiam probabile, quòd voluerit toti gradui substituere: & ità fusè propugnat Zasius *to.* 5. *c.* 6. *de subst. conclus.* 5.

49. Quæ hactenus dicta sunt, procedunt maximè, & indubitanter de substitutione vulgari expressa, quòd nempe substitutus expressè præferatur conjunctis, & impediat jus accrescendi. Controversum tamen valde est, an idem dicendum sit de substitutione vulgari tacita, quæ in expressâ pupillari continetur, ut infrà dicetur, v. g. aliquis instituit unà cum alio hæredem pupillum, & pupillariter substituit Cajum. Pupillus deinde non sit hæres testatoris, quæritur, an Cajus in ejus locum iottet, vel potiùs ejus pars accrescat cohæredi.

Communissima sententia favet substituto, ut videre est apud Vasquium *præfat. lib.* 2. *n.* 15. ubi dicit, quòd ab ea nemo unquam discrepaverit, imò teneatur tanquam indubitatissima. Hac auctoritate nititur maximè Grassus: sed debuisset Vasquium ulteriùs legere, & ejus inconstantiam animadvertere, dum postea prolixissimè communem sententiam impugnat, ut non appareat, cui magis faveat.

50. Communis sententiæ præcipuum fundamentum paucis comprehendit Grassus, nempe quòd hæc fuerit verisimiliter mens testatoris, qui præsumitur magis velle præferre substitutum in sua hæreditate, cùm eum expressè in pupilli bonis, in quibus sua continebantur, prætulerit.

Probatur 2. Ex *lege fin. post medium. C. de hæredib. instit.* ibi. [Sin autem nihil tale factum est, supervacaneam & inanem hujusmodi institutionem esse, nisi priùs, hærede Plotio sibi instituto se adjecerit: *Sempronius Plotii hæres esto;* tunc enim existimandum est eum dixisse, si non Plotius hæres sibi fuerit, tunc Sempronium in totum partemve Plotii ex substitutione vocari, ità ut ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus inveniatur.] quem textum probabiliter sic intelligunt interpretes. Imprimis ex textu colligitur, quòd testator duos hæredes instituerit, dicit enim *Partem.* Deinde colligitur, uni eorum fuisse datum substitutum tacitum: atqui ille substitutus admittitur excluso cohærede. ergo, &c.

51. Probatur 3. ex *Lege. fin. C. de Inst. & Subst.* ubi mater excipitur. [Cùm quidam prægnantem habens conjugem scripsisset hæredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem verò ex alia parte, & adjecit: si non posthumus natus fuerit, alium sibi hæredem esse: posthumus autem natus impubes decessit: dubitabatur, quid Iuris sit, tam Vlpiano, quàm Papiniano viris disertissimis, voluntatis esse quæstionem scribentibus: cùm opinabatur Papinianus, eundem testatorem voluisse posthumo nato & defuncto impubere, matrem magis ad ejus venire successionem, quàm substitutum: si enim suæ substantiæ partem vxori dereliquit, multò magis & luctuosam hæreditatè ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitatio-

tationem resecantes, substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi posthumus natus adhuc impubes vivâ matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cùm posthumus minimè editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit.] ubi glossa dicit, quòd tacita vulgaris comprehensa in expressa pupillari admittatur contra matrem. Hunc textum, quem n. 71. Iterum referam, ponderat Vasq. *à n.* 66. & conatur ex eo eruere argumentum, ut vocat, abditissimum pro communi opinione; quàm autem violenta, & vix intelligibilis sit illius argumentatio, deprehendet quivis, qui legerit. Mihi ergo satis est, hanc sententiam communi auctoritate suffultam esse, & satis fundari in eo, quòd taciti & expressi sit eadem ratio; & quia substitutio vulgaris tacita non oritur ex ipsa pupillari, sed ex legis dispositione, & ex præsumpta voluntate defuncti, ut argumentatur Ant. Gomez n. 30. ubi pluribus probat communem opinionem.

CONTROVERSIA IV.

De Substitutione Pupillari.

SVMMARIVM.

§. I.

De Requisitis ad valorem hujus Substitutionis.

52. PUpillaris substitutio dicitur (inquit Grassus & Zasius) quam pater facit filio pupillo, ut ei inter pupillatia mortuo succedatur. Optima definitio est P. Molinæ *d.* 184. Est substitutio directa & simplex, quâ testator libero impuberi in potestate ipsius constituto, neque per mortem ipsius in alterius potestatem recasuro, hæredem substituit, qui impuberi ipsi sit hæres.

Debet autem pater hanc substitutionem facere in suo testamento, adeoque in suo testamento facit quoque testamentum impuberis in

sua

sui potestate constituti (unde mater carens patriâ potestate non potest pupillariter substituere) quo illi, tanquam in ætate pupillari intestabili ex Iuris privilegio substituit hæredem, si fortè in ætate pupillari decesserit, ad hoc, ut non decedat intestatus, quia impubes non permittitur à lege sibi ipsi testamentum facere. Habentur hæc pr. Inst. h. t. [Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solùm ità ut suprà diximus (*i. e. vulgariter*) substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius fiat hæres, sed eò ampliùs, ut si hæredes extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres.]

53. Hæc substitutio aliquando dicitur esse testamentum patris, aliquando testamentum filii, aliquando dicitur esse unum testamentum, aliquando duplex, sed in sensu diverso, ut benè declarat Duarenus c. 12. & indicatur in *L.* 20. *ff. h. t. Patris & filii testamentum pro uno habetur etiam in Iure Prætorio, nam sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatæ sint filii, & septem signa patri sufficiunt.* Dicitur unum testamentum, & plurea hæreditates. Vnum testamentum dicitur, quia unus & idem testator est, una forma, & una solennitas; una observatio: pater utrumque facit, & septem testes sufficiunt. Sed quia duæ sunt hæreditates, una patris, altera filii, dicitur esse duplex testamentum. Ex his colligitur, quo sensu dicatur pupillaris substitutio esse pars testamenti paterni in l. 38. §. fin. ff. hic. *Quia & pupillares tabulæ pars sunt prioris testamenti.* Pars enim prioris testamenti (inquit Duarenus) sunt pupillares tabulæ, etiamsi in diversis tabulis utrumque testamentum scribatur: sed posteriores tabulæ sunt velut appendix & sequela prioris testamenti. & ideo corruente principali corruit etiam pupillare. *arg. l.* 16. *ff. h. t.* Quod tamen postremum non est simpliciter verum, ut constabit ex dicendis n. 59. Sed solùm si corruat ex defectu alicujus Solennitatis. Econtra in aliis locis dicuntur duo testamenta. §. 2. *Instit. h. t.* [Igitur in pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii. tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset, aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.

Ad valorem pupillaris Substitutionis requiritur, ut ille cui substituitur, sit in potestate testatoris tempore mortis hujus, aut saltèm sit posthumus in utero existens, alioquin si sublata erit patria potestas, evanescit substitutio. *l.* 41. §. 2. *ff. h. t.* [Cùm filio, vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum cæpit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.]

54. Hinc autem nascitur Controversia, an evanescat pupillaris substitutio facta à patre, quando deinde professionem in Religione emittit, supponendo, quòd per hujusmodi professionem desinat patria potestas. Affirmat Thomas Sanchez *lib.* 7. *Decal. c.* 3. *n.* 42. *& seq.* secutus Emanuelem à Costa *rep. in cap. si pater de testam. n.* 6. *p.* 2. §. *testatore mortuo. n.* 9. loquendo de professione facta in Religione capaci successionis, secùs in Religione incapaci successionis, nam tunc valeret substitutio pupillaris, etiamsi vivo patre decederet filius impubes, quia hæc professio habet omnes effectus mortis naturalis, non item illa prior, ut constat ex dictis *to.* 1. *tr.* 4. Hinc infert idem Sanchez, quòd si Professus Franciscanus transiret ad Religionem successionis capacem, vel transferretur ad Episcopatum, exspiraret substitutio, si filius adhuc viveret, secùs si mortuus fuisset, dum pater erat professus in priore Religione. Idem asserit de Coadjutoribus Formatis nostræ Societatis. De Religioso verò qui sola vota Simplicia post Noviciatum edidit, consequenter etiam dicit, quòd exspiret substitutio pupillaris, & hoc videtur esse extra dubium, quia testamentum ne quidem morte civili confirmatum est, sed semper revocabile, & tamen per talia vota solvitur patria potestas.

55. Verùm quoad Professos in Religione etiam capaci successionis contrarium tenent Ancharanus, & Florianus, citati ab eodem Sanchez, & P. VVadingus *disp.* 5. *dub.* 8. *n.* 3. secutus Philippum Francum, substitutionem pupillarem per talem professionem non evanescere, sed confirmari, & statim à professione obtinere vim, & si pupillus moriatur in ætate pupillari, hæreditatem deberi substituto exclusis hæredibus ab intestato, adeoque excluso ipso patre, & Monasterio.

56. Ego magis assentior Sanchezio, & probo conclusionem hoc argumento. Certum est, quòd talis Professus non quoad omnes civiles effectus habeatur pro mortuo, retinet enim jus succedendi, retinet usumfructum in bonis adventitiis filii, ut diximus *to.* 1. *tract.* 4. & hoc concessum est in favorem Religionis: atqui nullo jure probari potest, quòd censeatur civiliter mortuus in ordine ad confirmandam substitutionem pupillarem; imò potiùs contrarium colligitur, nam si dicamus per professionem evanescere substitutionem pupillarem, hoc cedit in commodum Monasterii, quia si filius moriatur in pupillari ætate, pater illi, & hujus intuitu seu repræsentatione succedet Monasterium, quod non esset, si substitutio valeret. Adhoc argumentum non invenio responsum apud adversarios.

57. Sed videamus, quo jure dixerit VVadingus, pro contraria sententia exstare jura clara, & citat duas leges Digestorum, quibus disputatur à Papiniano, an filio desinente esse in patria potestate per captivitatem patris apud hostes & ibidem mortui, filio quoque in pupillari

ætate decedente, an, inquam, hæreditas ad substitutum pupilli, an ad hæredes ab intestato pertioeat. Respondet in *l.* 10. *ff. de capt. postl. rever.* & *l.* 28. *ff. de vulg.* ad substitutos pupillares spectare, & dat rationem: quia quando pater apud hostes decessit, fingitur à Iure mortuus naturaliter, ab ipso puncto, quo captus est primùm ab hostibus, & per consequens mortem civilem in hoc casu æquiparari oaturali. Deinde applicat hanc resolutionem ad casum præsentem. Pater per professionem fingitur mortuus oaturaliter: filius ergo qui in potestate fuit usque ad punctum professionis, fingitur usque ad mortem fuisse in potestate, & per mortem exivisse è potestate. sicut ergo si pupillus per mortem naturalem patris fuisset potestate solutus, confirmatæ fuissent tabulæ pupillares, ità & per haoc mortem, quæ fingitur à iure ad huoc effectum mors naturalis.

Respondeò, hoc argumento optimè probari id qnod nemo negat, oempe non evanescere substitutionem pupillarem per illam professionem, quæ qnoad effectum successioois comparatur morti naturali; oam hoc solum probatur exemplo patris in captivitate mortui, sed non probat ullo modo de professione facta in Religione capaci successionis. Et miror, qoòd P. VVagingus non faciat ullam mentionem hujus discriminis, in quo tameo unicè est fundata nostra seotentia.

Neque necesse est, ad hoc ut per vota lo Religione dissolvatur patria potestas, vota illa ioducere mortem civilem: hanc enim oon inducunt vota Scholasticorum in nostra Societate, & tamen dissolverent patriam potestarem, & facerent evanescere substitutionem pupillarem.

58. Additum est in definitione Substitutionis pupillaris: quòd pupillus noo sit recasurus in alterius potestatem. & hoc habetur *l.* 2. *pr. ff. h. t.* [Moribus introductnm est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, fæmiox ad duodecim. Quod sic erit accipiendnm, si fiot in potestate. Cæterùm emancipatis oon possumus. Posthumis planè possumus. Nepotibus etiam possnmus, & deinceps, si qui NB. non recasnri sunt in patriam potestatem.] Hæc antem intelligenda sunt, secluso privilegio militari, quod aliqui putant competere militi, cujus filios existat io potestate avi, nam tunc putant aliqui posse patrem filio impuberi substituere pupillariter, similiter & avum, si miles sit, posse substituere pupillater nepoti, non obstante, quòd in patris potestatem sit recasurus. De quo fortasse redibit infrà sermo.

59. QUÆRITUR nunc 1. An ad substitutionem pupillarem requiratur, ut ille cui substituitur, hæres instituatur. ℞. Antiquo jure ità erat necessarium, ut habetur *in lege* 2. *pr. ff. h. t.* ibi. [Sed si eos patres præcedant, ità demum substitui eis potest, si hæredes instituti sint vel exhæredati. ità enim succedeodo oon rumpunt testamentum; nam si priocipale ruptum sit testamentum, & pupillare evanuit.] Verùm Iure novo Authenticorum, etiamsi sit præteritus filius impubes aut non legitimè exhæredatus; imò etiamsi testamentum corruat ex eo qoòd alius filius fuerit præteritus, substitutio tamen subsistit, sicut legata, fideicommissa, &c. *cap.* 3. *§. fin. de testam.* [Si verò contigerit, io quibusdam talibus testamentis, quædam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri, & dari illis, quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.] Atqui ex communi DD. sententia substitutiones pupillares sunt etiam unum ex illis capitulis. Ergo.

Dices. Ergo etiam Substitutiones Vulgares subsistent rupto testamento propter exhæredatiooem aut præteritionem. ℞. Negando consequentiam & paritatem. Nam hoc ipso quòd filius præteritus succedat ab iotestato exclusis hæredibus institutis, etiam exclndit substitutos vulgariter. In substitutione pupillari est duplex testameotum, & priore corruente alterum sustinetur in favorem pupilli.

60. QUÆRITUR 2. An universim omnibus liberis pupillariter substitui possit. ℞. 1. De liberis naturalib⁹ & legitimis simul, constat ex textibus allatis, non solùm primi gradûs, sed etiam olteriotis, modò in potestate existant. De posthumis etiam coostat ex *l.* 2. *cit.* ℞. 2. Posse etiam substitui legitimis tantùm, hoc est arrogatis & adoptatis qui transeunt in potestatem adoptantis. *l.* 10. §. 6. ibi. *Scævola tamen putat, vel hoc arrogatori permittendum.* Verùm textus noo videtur plus concedere, quàm posse illis substitui quoad illa solùm bona quæ ab arrogatore, vel ejus intuitu acquisivisset; & colligo ex verbis adjunctis. *Ego etiam* (inquit Ulpianus) *amplius puto etsi quid beneficio arrogatoris adquisivit, & hæc substitutum posse habere, ut puta arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.* & ità tradit etiam Duatenus. §. *Secundò excipitur.* ℞. 3. Filiis naturalibus tantùm, nisi sint legitimati ex voluntate patris, non potest substitui, quia non sunt in patria potestate. Sed quidsi pater substituit filio naturali tantùm, & post mortem patris pupillus legitimatur, an convalescet substitutio? Ratio dubitandi est, ne lædantur Iura legitimorum hæredum. Affirmat Bartolus. Verùm Politus, Jason, & post illos Udalricus Zasius requirunt, ut legitimatio facta sit ex voluntate, & ad instantiam Patris. ad quod probandum adducunt authenticam *si quis C. de naturalib.*

lib. liberis. in qua tamen hoc non usque adeo clarè habetur, sed solùm dicitur, illos successurus, si pater in testamento illos dixerit suos. Sanè ex defectu patriæ potestatis non potest valere substitutio pupillaris facta filio non legitimo tempore mortis.

61. QUÆRITUR 3. Quomodo accipiendus sit annus pupillaris, an pro incepto, an pro completo. ℞. Ad hoc ut substitutio pupillaris evanescat, debere annum ulrimū, nempe decimum quartum in maribus, & duodecimum in fæminis, esse completum. *l. 5. ff. qui testam.* [A qua ætate testamentū vel masculi, vel fœminæ facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in fæminis verò duodecimum, completum.] Quæ tamen circa ultimum diem dicta sunt, vide suprà tractatu *6, num. 238.*

62. QUÆRITUR 4. An sine exceptione verum sit, quòd nemo paganus possit pupillariter substituere, nisi illi quem habet in potestate. Ratio dubitandi nascitur ex lege 33. *ff. h. t.* quæ sic habet. *Si mater ità testetur, ut filium impuberem, cùm erit annorum quatuordecim hæredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat, valet substitutio.* atqui mater non habet filium in potestate. ergo potest valere pupillaris substitutio absque patria potestate.

Verùm, hoc non obstante constans regula tenenda est, non valere talem substitutionem pupillarem, ob jura expressa superiùs adducta. Lex allata nullo modo contrarium probat, quia clarum est, quòd illa substitutio fuerit tanıùm vulgaris: fuit enim filius institutus hæres in tempus adeptæ pubertatis: (fortè in eum finem, ut bona illius essent tutiora, & non venirent in manus patris prodigi, prout fieri posse alibi dixi, adeo ut talis præteritio non noceret testamento, si filius moreretur) & pro tunc alius substitutus, *si ille hæres non erit:* atqui ineptumest, substituere pupillariter in illud tempus, quo cessat pupillaris substitutio, prout etiam pulchrè observat Vdalr. Zasius *in 3. requis.* Deinde hoc manifestant illa verba: *Si hæres non erit.* quæ est formula substitutionis vulgaris, nam in pupillari potiùs dicitur: *si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit.* Ad verba autem legis respondent communiter, illam substitutionem vocari pupillarem, non loquendo Juridicè, & formaliter, sed grammaticaliter, quia facta erat illi, qui tunc erat pupillus. Hanc interpretationem ridet Politus, ego illam in medio relinquo, & solùm dico, Cujacium ingeniosè, si non verè, textum illum emendare, & pro *Pupillaribus* legere: *Pugillaribus*, & sic cessaret omnis difficultas.

63. QUÆRITUR 5. An Substitutio pupillaris ab initio invalida ob defectum patriæ potestatis, postea convalescat si superveniat patria potestas. Rationem dubitandi facit textus in *l. 2. pr. ff. h. t.* ubi dicitur: *Sed si extraneum quis impuberem hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modò eum adoptaverit, vel arrogaverit.* Non satis constat, an vox *arrogaverit* accipiatur in *futuro*, an in *præterito*. Covarruvias *in cap. Raynutius §. 5. n. 1.* negat convalescere. Eandem negativam propugnat Zasius, indubitatè asserens, ibi sensum esse de arrogatione præterita, facta quidem post institutionem, sed ante substitutionem; nam materia subjecta exigit tempus præteritum: fortiùs enim præsumitur quis actum à principio validum facere, quàm actui invalido remedium quærere. Confirmari etiam potest ex illa regula, quòd actus ab initio vitiosus ob defectum conditionis, non convalescat supervenientibus postea conditionibus: sic qui invalidè contraheret cum aliqua non habente legitimam ætatem vel potentiam, non convalesceret matrimonium superveniente ætate, & potentiâ, sed esset matrimonium de novo contrahendum. Eandem sententiam ad longum propugnat Harpprecht. Inst. h. t. Hæc sunt quæ negativam sententiam, theoricè considerando, mihi persuasissent contra sententiam Bartoli communiter in praxi receptam, nisi P. Molinam légissem & vidissem egregiè confirmari sententiam Bartoli per alium textum, quem jam suprà recitavi, & habetur *lege 41. & §. 2. ff. h. t.* eumque sibi objicit, sed non nisi divinatoriè solvit Harpprecht. [Cùm filio vel Nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum cœpit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.] Ecce! Substitutio facta eo tempore, quo nondum aderat conditio patriæ potestatis, tunc solùm irrita pronuntiatur, si postmodum non superveniat nempe, si mortis quoque tempore non sit in potestate avi substituentis tunc, cùm nepos necdum erat in ejus potestate: ergo si superveniat potestas ante mortem, valebit substitutio. Confirmatur sententia sequenti responsione. Itaque

64. Ad argumentum adversariorum respondetur, substitutionem factam ante arrogationem non esse simpliciter vitiosam; quia est tacitè conditionalis, nempe: *Instituo Titium impuberem hæredem, & eidem substituo Cajum pupillariter, si, priusquam moriar, in meam veneris potestatem.* Censetur enim jam talem in animo destinâsse adoptare, quia si jurium gnarus est, scit alioquin substitutionem non valituram. Ergo conditione impletâ valebit Substitutio.

65. QUÆRITUR 6. Si filius, cui facta est substitutio pupillaris, exeat ex potestate patris per dignitatem aliquam, an evanescat substitutio? ℞. Communem sententiam post Bartolum esse, talem dignitatem non nocere substitutioni pupillari & hanc sententiam probant ex *Novella 81. §. illud quoque.* alibi à me recitato, ubi Imperator omnia Jura cognationis

per aditionem hæreditatis factam à primo instituto. *L. 5. C. de Impub. & aliis subst. Post aditam hæreditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ expirare solent.* Ratio est manifesta. Nam actus conditionatus deficiente conditione deficit: atqui per aditionem hæreditatis deficit conditio sub qua facta est Substitutio vulgaris, ut paret. ergo.

Hæc Conclusio ampliatur, quòd etiam exspiret substitutio, quando hæres per bonorum possessionem, & non per petitionem hæreditatis adiret hæreditatem, quia in effectu talis pro hærede habetur, ut dictum est præced. tract. & è diverso, si hæres renuntiaret bonorum possessioni, & tamen adiret hæreditatem de Iure civili, exspiraret etiam substitutio vulgaris. Quòd autem hæres possit uni remedio renuntiare retento altero, diximus etiam suprà, & habetur in lege 13. *C. de Iure deliber. Suum hæredem, omissâ bonorum possessione, paternam successionem obtinere potuisse, certi Iuris est.*

22. Limitatur tamen Conclusio, ut non procedat, si hæres sit negligens in exequenda voluntate defuncti, etiam post aditam hæreditatem, nam si intra annum non exequitur voluntatem testatoris, privatur per legem hæreditate, & sic erit locus substituto vulgari, dummodo caveat de exequenda voluntate testatoris, quod habetur, *Auth. hoc ampliùs. C. de Fideicommiss.* [Hoc ampliùs, qui defuncti judicium lege non repræsentatum monitus à Iudice intra annum non implet, excluditur. hoc autem cum onere suo, dandâ super hoc cautione, defertur primò substitutis.] Ratio est, quia per talem privationem reducitur res ad eum statum, quo fuisset, si hæreditatem non adiisset. Ex eodem fundamento, & causa tedit restitutio, quando minorennis adivit quidem hæreditatem, sed quia reperit eam sibi damnosam, restituitur in integrum; de quo puncto paulò pòst.

Secundò exspirat substitutio vulgaris, si substitutus moriatur, antequam conditio substitutionis expleatur. Ratio, quia spes non transmittitur ad hæredes. Itaque, si substitutus moriatur, antequam institutus complevit tempus deliberandi, etiamsi hic repudiet hæreditatem, nihil proderit hæredibus substituti, sed hæredibus ab intestato.

23. QUÆRITUR 4. An jure transmissionis excludatur substitutus. De hoc incidenter aliquid dictum tr. præced. cùm actum de Iure transmittendi hæreditatem. Nunc autem tanquam in proprio loco de hoc agendum est, & quæritur, an si ille cui alius vulgariter substitutus est, moriatur ante aditam hæreditatem, si cæteroquin gaudeat jure transmissionis, etiam in casu substitutionis transmittat, excluso substituto. Diximus autem tract. præcedente, cùm ageremus de jure transmittendi hæreditatem, triplex esse caput transmissionis, nempe Suitatis, Sanguinis, & Deliberationis. Ratio dubitandi est in aperto, quia conditione non impletâ, quæ requiritur ad transmissionem, non videtur esse locus transmissioni: atqui si is qui habet substitutum vulgarem, moriatur ante aditam hæreditatem, non est impleta conditio requisita ad transmissionem: ergo non est locus transmissioni: ergo est locus substitutioni. Minor probatur. Nam qui vel non potest vel non vult adire hæreditatem, non ponit conditionem requisitam ad transmissionem, imò ponit conditionem requisitam ad hoc ut sit locus substitutioni, nam substitutio fit sub hac conditione, si institutus vel non possit, vel non velit esse hæres. atqui moriens ante aditam hæreditatem non potest esse hæres: ergo, &c.

24. Imprimis extra omne dubium est, quòd hæres suus legitimam sibi debitam absque omni aditione, non obstante quacunque substitutione vulgari, transmittat ad hæredes. Ratio patet ex dictis tr. præced. quia legitima debetur absque omni conditione & gravamine, & jure Suitatis, & fit illius Dominus absolutus statim à morte testatoris, & Iura fingunt aditam esse hæreditatem. Hoc supposito

Prima sententia est, quòd substitutus vulgariter sit præferendus, & non excludatur Iure Suitatis, quando vulgaris substitutio expressa est quoad caput Nolnntatis, sive verbis generalibus, sive particularibus expressa sit. Secunda est Baldi, qui simpliciter docet, substitutum excludi per transmissionem.

25. DICENDUM 1. Iure Sanguinis transmittitur hæreditas (eo modo quo suo loco diximus posse transmitti) etiam non adita ad descendentes, & jure deliberandi ad quoscunque hæredes, excluso substituto vulgari. In hac conveniunt Bartolus & Baldus, & cum illis cæteri DD. Probatur. Quia Iura dicunt, quòd extra casus quo est jus transmittendi hæreditatem, vel jure sanguinis, vel jure deliberandi hæreditas non adita pertineat ad substitutum, si quis substitutus est: ergo si hæreditas non fuit adita tunc, quando erat locus transmissioni, non pertinet hæreditas ad substitutum, sed ad eos, ad quos pertineret, si nullus esset substitutus. Antecedens probatur *ex lege un.* §. 13. relato ad ea quæ dicta erant §. 5. [Cùm autem in superiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, nisi NB. quibusdam personis ad hæredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, si quis solidam habeat hæreditatem non adjerit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum si voluerit & potuerit, pervenire.] Plura de hoc puncto dixi tract. præced. c. 9. contr. 3.

26. DICENDUM 2. Hæres suus transmittit jure sanguinis & deliberandi, sicut alii hæredes, non obstante quacunque substitutione vulgari. Ratio est, quia Suitas non debet illi obstare, quominus gaudeat eo jure quo gaude-

gauderet, si non esset hæres suus, & quæ sunt communia omnibus hæredibus. Et in hoc etiam non est difficultas.

27. DICO 3. Probabilius est, hæredem suum transmittere hæreditatem ultra legitimam relictam jure Suitatis, excluso substituto, etiam in eo casu, quo eam non potest vel jure sanguinis (quia non habet descendentes) vel jure deliberandi transmittere, quia tempus deliberandi jam effluxit. In hoc conveniunt nunc RR. cum Baldo contra Bartolum & alios; & expressè Molina *d.* 183. *n.* 16. & supponit P. VVadingus *d.* 5. *dub.* 7. §. 1. & probabiliorem asserit (quamvis non tractet) Udalricus Zasius *subst. tract.* 10. 5. §. *secunda species.* Ut autem meliùs intelligatur, formetur casus. Titius instituit ex asse hæredem filium suum Mævium, & ei substituit Cajum, Mævius nullis relictis descendentibus, relictis tamen fratribus, elapso deliberationis termino moritur, hæreditate nec aditâ, nec repudiatâ. DICO, non admitti substitutum Cajum, sed transmitti hæreditatem jure *Suitatis* ad fratres, ad quos ab intestato perveniret, si post aditam hæreditatem Mævius è vita discessisset. Probatur Conclusio ad hominem contra Adversarios, qui malè intelligunt & accipiunt caput *Noluntatis*, adjectum institutioni per modum conditionis sub qua alius sit institutus. Putant, inquam sensum esse purè negativum, itá ut conditio purificetur, si institutus nullam ponat voluntatem quâ adeat hæreditatem: hoc autem fit in casu de quo disputamus; ponitur enim non esse adita hæreditas. Hoc, inquam, fundamentum nihil probat, quia nimium probat, nempe quòd nec per transmissionem jure sanguinis aut deliberandi excluderetur substitutus, quia etiam purificaretur conditio. Falsum ergo est, sensum *Noluntatis* esse purè negativum, est enim positivus ex intentione testatoris, nempe si positivè noluerit esse hæres, repudiando hæreditatem: quæ conditio non purificatur, ut patet. Itaque jus transmissionis hoc operatur, ut cùm hæres institutus non repudiaverit hæreditatem, perseveret adhuc jus adeundi, illúdque in hæredem transmittatur, per quem substitutus excludatur.

28. Confirmat hoc benè P. Molina. Nam in hoc sensu & significatione *Noluntatis*, infertur in *lege un. C. de caduc. tollendis.* jam sup. allata, & aliis juribus, ex eo quòd potestas transmittendi jure sanguinis & deliberandi introducta est, excludendum esse ab hæreditate non adita substitutum vulgarem, & admittendum esse illum hæredem, ad quem ex illis capitibus hæreditas transmittitur: ergo idem inferendum est de eo, ad quem vi *Suitatis* ex decisione antiquorum jurium hæreditas transmittitur: præsertim cùm potentior, magisque privilegiata sit *Suitas* ad hæreditatem transmittendam, quàm Ius sanguinis & deliberandi.

29. QUÆRITUR 5. An Fiscus excludat substitutum, in casu quo Instituto aufertur hæreditas tanquam indigno, & solet cedere fisco in casu quo nullus est substitutus. Ratio dubitandi est, quia conditio est purificata: ergo valet substitutio. Ad hoc respondet Franc. Duarenus, & ex eo Hunnius cum distinctione. Si adivit hæreditatem, antequam indignum se reddidit, vel antequam indignus declaratus est, tunc, quia substitutio per aditionem est extincta, utique fiscus succedit, seu aufert Hæreditatem. Si verò institutus nondum adivit hæreditatem, & adire etiam nolit, tunc substitutus succedit, quia conditio est impleta.

30. Objici solet lex 15. *ad S. C. Syllanum*, cujus hæc verba sunt. *Si sequens gradus ultus fuit necem testatoris, an prior hæreditas ad illum transferatur, & ait Papinianus, non esse hoc. Nam pœna illius præmium hujus esse non debet* &c. Hunc textum esse intelligendum, quando hæreditate aditâ fuit extincta substitutio.

Limitat tamen secundum Responsionis membrum Hunnius, ut non procedat, si in fraudem fisci hæreditas fuisset repudiata, tunc enim fiscus substitutum excluderet, per legem 45. *ff. de Iure fisci. In fraudem fisci quocunque modo res alienatæ revocantur.*

31. QUÆRITUR 6. Si aliquis filiusfamilias ab extraneo hæres institutus est, & aliquis ei substitutus vulgariter, si filius repudiet hæreditatem, an pater ipsius possit adire hæreditatem, excluso substituto. In hac quæstione sunt sententiæ oppositæ adeo auctoritatibus firmatæ, ut neutra alterâ receptior dici possit. Refert auctores in utramque partem Harpprecbt. *Instit. hoc tit.* & ipse Harpprecbt subscribit illis, qui tenent negativam, & putant patrem à substituto excludi.

Mihi omnibus consideratis magis placet sententia favens patri, cujus interest adiri hæreditatem, propter usumfructum quem acquirit, & quia cæteroquin pater potest adire hæreditatem filio delatam invito filio, ut patebit ex dicendis. Hanc sententiam & Juri, & illis quæ de transmissione paulò superiùs dicta sunt, judico esse conformiorem, eámque ex professo propugnat Duarenus *cap.* 10. post Bartolum, Sichardus & Fulgosius *in L. cùm proponas* 3. *C. de hæredib. instit.* Udalricus Zasius *pu.* 4. *v. at verò not.* Ferd. Vasq. *l.* 1. *de success. progressu* §. 5. *n.* 17. & alii.

Probari solet 1. Ex lege 8. §. 2. *C. de bonis quæ liberis.* ubi dicitur. [Similique modo & in milite filiofam. qui recusaverit aditionem hæreditatis, quæ ei ex castrensibus occasionibus veniat, patri danda licentia adire hæreditatem: ut ad ipsum perveniat pleno jure tam per usumfructum, quàm per dominium eandem hæreditatem possessuro, quasi ipse pater ab initio fuisset hæres institutus, eo videlicet subjacente omnibus

mnibus

mnibus oneribus hæreditariis, &c.] Ubi ponderanda sunt illa verba: *quasi ab initio fuisset hæres institutus*: atqui institutus utique præfertur substituto: ergo & pater in casu nostro.

32. Respondent Adversarii, legem hanc loqui solùm de casu quo nullus datus est substitutus, quia nullam facit mentionem substituti. Quando autem datus est substitutus à testatore, cessare debet legis dispositio & provisio, quia constat de mente testatoris, volentis potiùs ad substitutum venire, quàm ad patrem. Sed contra est. Nam in tali casu fingitur pater à lege quasi substitutus filii, vel potiùs quasi in persona filii institutus, cujus interest, filium adire hæreditatem: quâ fictione voluerunt leges consulere patri contra perversam repudiationem filii in potestate constituti, & ideo patrem præferre hæredibus ab intestato: quidni etiam substituto? Sicut ergo substitutus non tollit jus transmissionis, ità nec jus patris adeundi hæreditatem nomine filii, hoc enim jus illi à lege sine limitatione concessum est.

33. Probari solet 2. Ex §. *fin. Inst. hoc titulo*, ubi generalis regula interpretandi substitutionem vulgarem traditur, his verbis. *Illa enim verba*. [Si hæres non erit: in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem fecerit: in eo verò quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant, si hæreditatem sibi, vel ei cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit.] ergo hoc quod est: non facere hæredem patremfamilias, præsupponitur ad hoc, ut substitutus admittatur: ergo hoc quod est: facere eum hæredem, præsupponitur etiam & sufficit ad excludendum substitutum, eo prorsus modo quo diximus (& dicunt etiam adversarii) per transmissionem excludi substitutum, quia per transmissionem fit alius hæres.

34. Respondet Harpprecht, illum textum procedere, cùm filius vel servus hæreditatem adivit, & adeundo patrem vel Dominum hæredem fecit: non autem cùm non adivit. Quia si non adivit servus, non Domino, sed vulgari substituto hæreditas acquiritur. *l. 3. C. de hæredib. instituendis.* Ità Harpprecht, & ante eum Fachineus *l. 4. c. 63.* Ut ab ultimo incipiam, lex allata prorsus ad rem non facit, quia non est paritas inter Dominum & patremfamilias, nam paterfamilias habet Ius adeundi si filius repudiet, & sic filius facit patrem hæredem etiam repudiando, ut in solutione objectionum declarabitur: at verò servo nolente adire hæreditatem, etiam jubente Domino, non propterea potest eam Dominus adire, & ideo mirum non est, sed potiùs evidens, quòd fiat locus substituto. & hoc habetur clarè in ipso textu. [Quodsi verba substitutionis ad Ius retulit, ut sic nec per seipsum alium fecisset hæredem (*potuit enim NB. quamvis jubente Domino nolle adire*) ità demum substitutus vocaretur: si tamen paruerit Domino, & adierit, substitutioni locus non est.]

Præterea responsio non satisfacit argumento, quia gratis restringit illum textum, & interpretationem illorum verborum: *si alium hæredem non fecerit*: ad factionem per aditionem: sunt enim verba generaliter concepta: ergo etiam intelligenda de factione per repudiationem.

35. Probat Conclusionem Duarenus 3. Pater & filius in potestate constitutus, censentur una eadémque persona. *l. fin. inf. C. de impuberum & aliis substit.* ergo quocunque eorum existente hærede, alter quoque juris fictione censetur hæres existere: ergo si pater existat hæres adeundo hæreditatem à filio repudiatam, censetur etiam filius esse hæres: ergo jam non impletur conditio sub qua alter substitutus est: nempe: *si filius hæres non fuerit*. quia fictione juris est hæres. Respondet Harpprecht, majorem propositionem non procedere in testamentis, nam in testamentis, voluntas testatoris totum facit. certum autem (inquit) est, quòd testator substituendo aliquem filio, id velit, ut si filius hæreditatem vel sibi non acquirat, vel suâ aditione patrem suum hæredem non efficiat, substituto locus fit. Sed contra 1. quia ille textus habetur in titulo & materia spectante ad testamenta, ut patet. Contra. 2. quia falsò supponitur certum esse, cujus oppositum propè certum est, quia probabilissimum est, quòd testator, sciens patris interesse, si filius adeat hæreditatem, noluerit substitutum præferre patri, in casu quo filius nolit adire hæreditatem, quandoquidem leges dant patri potestatem adeundi, si filius repudiet. Nunc fundamenta contraria dissolvamus.

36. Objiciunt ergo 1. Absurdum, & à ratione alienum videtur, eum qui vocatur ad hæreditatem voluntate expressâ testatoris, potiorem non esse eo, qui vocatur tacitè à lege sine expressa testatoris voluntate; unde testamentarios legitimis præferri certum est. Hoc argumentum nimium probat, nempe quòd substitutus etiam præferendus esset illis, qui jure transmissionis à lege ad hæreditatem vocantur, & tamen etiam adversarii fatentur ab his substitutum excludi. Ad argumentum directè respondet Duarenus, negando suppositum, nempe quòd in præsenti specie pater contra testatoris voluntatem admittatur: quin potiùs ex ejus voluntate tacita admittitur, quia testator cogitâsse putatur, quòd filius possit patrem, etiam repudiando, hæredem facere, si pater velit uti jure suo, & adire hæreditatem à filio repudiatam.

37. Objiciunt 2. Vulgaris substitutio locum habet, si hæres institutus aut nolit, aut non possit esse hæres. atqui in casu nostro filius familias non vult esse hæres, quia repudiat hæreditatem. Ergo fit locus substituto. Ad hoc jam abunde responsum est, in majore prop. subin-

subintelligendum esse; *nec alium hæredem fecerit*: & hoc ex ipsius legis interpretatione, ut relatum est, & admittunt adversarii in casu transmissionis.

38. Objiciunt 3. Servus non adiens hæreditatem non acquirit domino, sed ad substitutum eam transmittit. *l. 3. C. de hæred. inst.* ergo idem in filiosfamilias obtinebit. ℞. Negando paritatem. Disparitatem paulò superiùs dedi, nempe quia servus non facit domino potestatem adeundi, si ipse servus repudiet: filius fam. autem facit patri locum, ut ipse possit adire, & sic facit alium hæredem.

39. Objiciunt 4. Absurdum est, quòd filius faciat patrem hæredem repudiando, sicut facit adeundo. Quemadmodum enim nemo repudiando hæres unquam existit, ita nec alium hæredem facere potest. ℞. 1. Repudiationem non esse causam adæquatam, quòd pater acquirat hæreditatem, sed unâ cum lege, & accedente aditione patris. ℞. 2. Antecedens esse verum loquendo de Repudiatione efficaci, & procedente à voluntate non subordinata alteri, Voluntas autem filii fam. est subordinata voluntati patris, & ejus consensum requirit, & potest à voluntate patris suppleri aditionis voluntas, sicut suppleret, etiam in adversariorum sententia, casu quo nemo esset substitutus: & sicut in illo casu pater fieret hæres per propriam aditionem, præsupposità filii repudiatione, quia ut suprà dixi est à lege quasi substitutus filio, ità etiam quando facta est substitutio, supplebit voluntatem filii adeundo hæreditatem, & sic faciendo, ut fictione juris censeatur filius adivisse, in cujus commodum redundat iterum patris aditio.

Objiciunt 5. Esse institutum, est facti, esse hæredem est juris. quæ autem facti sunt, ea ad patrem transire non possunt. Sed, quis tam cæcus est, ut non videat, hoc totum adversariis solvendum esse, quia totum argumentum procedit, quando nulla facta est substitutio, & tamen tunc pater adeundo fit hæres. ℞. Ergo, factum, hoc est, esse institutum transire ad patrem fictione juris, quia censetur pater in filio institutus, cum quo est civiliter una persona, & ideo non obstante repudiatione filii prævalet voluntas patris, utpote quæ est superior, & alterius gubernativa.

40. QUÆRITUR 7. An Monachus hæreditatem non aditam transmittat ad Monasterium cum exclusione substituti. Quæstionem hanc utpote minùs utilem, non vult disputare Duarenus, sed putat eam esse Monachis relinquendam. Sed quare non ad Juristas spectet quæstio quæ de Iure est, & ex Iure decidenda? Est autem quæstio de Monasteriis capacibus successionis. Negativè respondent Ferd. Vasq. & Grassius §. *Substitutio q. 9.* Verior tamen sententia est, substitutum à Monasterio excludi, adeoque si talis Monachus hæres institutus, habens substitutum, moriatur ante aditam vel repudiatam hæreditatem, transmittitur jus adeundi ad Monasterium excluso substituto. Ità Panormitanus *in cap. in præsentia de probat.* & Tautz *de vulg. subst. n. 128.* dicens in tota Germania hoc esse receptum, quos sequitur P. VVadingus *dub. 7. §. 2.* Fundatur hæc sententia in Novella 123. alibi relata, in qua Imperator declarat, omnia onera substitutionum sublata esse in favorem Monasterii: nempe quia religiosus se suaque omnia donavit Monasterio, quæcunque enim ad eum spectant, vel spectabunt, debentur Monasterio, & ideo transfert etiam Jus adeundi hæreditatem in consequentiam; sicut cùm arrogatus transfert suam personam in arrogantem, ideo transfert quoque omnia bona & jura. Itaque sicut si nullum haberet substitutum, moriendo aute aditionem transferret in Monasterium, ità etiam adjectâ substitutione, quæ per transmissionem tollitur, ut suprà dictum.

41. Excipe tamen, nisi substituta esset causa pia Redemptionis captivorum, aut alendorum egentium, tunc enim Monasterio præferretur causa pia, per auth. nisi rogati. *C. ad Trebell.* quæ desumpta est ex Novella 123. *c. 37. in fine.* ibi. [Si tamen in redemptionem captivorum aut egentium alimenta sub prædictis conditionibus substitutio aut restitutio fiat, ex nullo memoratorum modo eam excludi permittimus.

42. QUÆRITUR 8. Si quis vulgariter substitutus sit Minori, vel alteri gaudenti beneficio Restitutionis in integrum, isque hæreditatem adierit, sicque substitutio evanuerit: postea verò animadvertens, se hæreditatis aditione læsum, petat restitutionem in integrum: quæritur, inquam, an substitutio convalescat, & substitutus succedat excludens hæredes ab intestato. Affirmant communiter DD. videturque satis apertè colligi ex *l. 44. ff. de re judicata.* ibi. [Ex contractu paterno actum est cum pupilla tutore authore, & condemnata est, postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & ità bona defuncti ad substitutum vel ad cohæredes pervenerunt.] Ratio etiam satis efficax redditur, quia restitutio in integrum facit, ut fictione juris omnia sint in antiquo statu, perinde acsi nihil actum esset: unde talis hæres post restitutionem non nisi solo nomine hæres dicitur.

43. Contra hanc receptam sententiam difficultatem non levem ingerit *lex 7. §. 10. ff. de Minoribus.* ubi dicitur, quòd servus substitutus minori restituto non admittatur, nisi quando hæreditas solvendo non est: cujus ratio esse videtur, quòd Prætor nolit suâ restitutione obesse defuncto: obesset autem, si servus non cogeretur adire hæreditatem, quæ solvendo non est, sic enim bona hæreditaria cum testatoris ignominia distraherentur, quæ tamen redundat in servum, si hæres necessarius existat. Respondet ad hanc objectionem Hunnius, hoc in servo speciale

ciale esse ideo, quia cùm servus tam civili, quàm prætorio jure pro nullo habeatur, ideo restitutio in integrum, quæ Remedium prætorium est, ad servum non spectat, nec ei prodest, nisi in casu posito, & in lege expresso, quando nimirum hæreditas solvendo non est.

Verùm, hæc responsio mibi non plenè satisfacit. nam esto Prætor directè oon intendat prodesse servo, quando tamen beneficium facit uni, restituendo omnia in pristinum statum, non vult impedire ne per consequentiam alteri prosit: quia non vult impedire, ne Testatoris voluntas exitum habeat, cujus intentio utique fuit, servum habere hæredem, si institutus esse nolit, & in effectu reipsâ non sit.

44. CENSEO itaque aliter esse respondendum, & dicendum: in servo speciale esse ideo, quia, ut ex §. 1. *Inst. de hæredib. inst.* colligitur, servus tunc solùm & in illis casibus admittitur ad hæreditatem, quando si nollet, cogi posset etiam invitus adire, utpote hæres necessarius: atqui postquam minor institutus hæreditatem semel adiit, servus ab hoc onere liberatus est, ut non cogatur adire hæreditatem: quam liberationem non amittit per restitutionem Minoris, sicut non amitteret libertatem, quam consecutus esset beneficio substitutionis, in casu quo minor statim ab initio hæreditatem repudiâsset, postea verò per restitutionem hæreditatem adiisset: ergo in casu nostro, quo hæreditas est solvendo, meritò servus substitutus non ampliùs admittitur, nec substitutio reconvalescit, quia cùm pro tali casu servus cogi non possit, pro eodem nec volens admitti debet: alinquin non esset hæres necessarius, sed voluntarius.

45. QUÆRITUR 9. An Conjunctus institutus præferatur Substituto. Hæc quæstio aliis & clarioribus terminis proponitur, an Ius accrescendi sit fortius substitutione. In casu res meliùs apparebit. Instituti sunt duo hæredes, Titius & Cajus, & uni eorum est substitutus alius, v. g. Titio est substitutus Sempronius, hoc modo. *Titius & Cajus mihi hæredes sunto, si Titius non erit, sit Sempronius.* possunt alii plures modi & formulæ concipi, ut patebit ex decursu: quæritur, an si Titius moriatur necdum aditâ hæreditate, ejus portio accrescat Cajo, vel an jure substitutionis eam consequatur Sempronius. Et quidem si de testatoris mente constaret, utrum eorum vellet præferri, is utique præferendus esset: verùm quæstio procedit insistendo verbis, & præsumptioni Iuris.

46. Recepta & vera sententia est, quòd Ius substitutionis sit fortius jure accrescendi. Auctores videri possunt apud Ferd. Vasquez lib. 2. in præfat. & Grassum q. 13. Habetur in *l. 2. §. 8. ff. de bonor. possess. secund. tab.* ibi. [Si duo sint hæredes instituti, Primus & Secundus, secundo tertius substitutus, omittente secundo bonorum possessionem Tertius succedit; quod si Tertius noluerit hæreditatem adire, vel bonorum possessionem accipere, recidit bonorum possessio ad primum, nec erit ei necesse petere bonorum possessionem, sed ipso jure ei accrescet.] Ratio est. Quia existente provisione hominis cessat provisio legis. atqui substitutio est provisio hominis in eum casum, quo institutus non est futurus hæres: Ius verò accrescendi est mera provisio legis, ex præsumpta voluntate testatoris, qui, si non providit per substitutionem, censetur voluisse unius nolentis portionem alteri accrescere: ergo, &c.

Dixi. nisi aliud constet de voluntate testatoris: ut habetur in *l. 30. hoc tit.* illis verbis. *Respondi, eam videri voluntatem patrisfam. idque apparere evidenter ex eo, &c.* Erat autem casus iste legis. Testator in testamento suo duos hæredes instituit, in primo gradu Proculum in tribus unciis, Quietum ex novem unciis, & ità complevit totam hæreditatem, & hic est primus gradus. In secundo gradu substituit singulis: Quieto substituit Florum, Proculo Sosiam, & hic est secundus gradus. Tertio gradu ità substituit: *si neque Florus, neque Sosias hæredes erunt, Colonia Leptitanorum ex novem unciis hæres esto.* Deinde instituit plures alios hæredes ex variis partibus, & in hac institutione excessit quantitatem trium unciarum, adeoque hæreditatem divisit in plures, quàm duodecim uncias. Quietus, qui institutus fuit in primo gradu ex novem unciis, adiit hæreditatem, & sic exclusi fuerunt in illa parte substituti in secundo & tertio gradu. Proculus & Sosias vivo testatore decesserunt, quorum ille in primo gradu institutus erat, & Sosias ei substitut⁹. Qui erant instituti in tertio gradu, petebant hæreditatem: quæsitum est, an hæreditas ad illos pertineret, an verò ad Quietum Iure accrescendi. Expendit Iureconsultus verba Substitutionis in tertio gradu, *si neque Florus, neque Sosias hæredes erunt.* & colligit, ac concludit, quòd testator ità demum hæreditatem ad substitutos in tertio gradu voluerit pervenire, si tota hæreditas vacaverit: atqui tota hæreditas non vacavit, nam Quietus adeundo hæreditatem novem uncias accepit: collegit autem illam testatoris mentem evidenter ex eo [quòd plures, quàm duodecim uncias inter eos distribuisset: & ideo partem quartam hæreditatis, de quâ quæritur, ad Quietum pertinere.] Quæ sanè collectio obscura quidem est, sed tamen hinc apparet, quòd intentio testatoris sit præ omnibus observanda.

47. Contra communem sententiam objici potest hoc modo. Vel illa opinio procedit de omnibus, & quocunque modo conjunctis, hoc est conjunctis re & verbis, conjunctis re, non verbis, & conjunctis verbis tantùm; vel procedit tantùm de certo aliquo genere conjunctorum. sed de nullo genere conjunctorum videtur procedere. Ergo, &c. ℞. Procedere de quocunque

genere

genere conjunctorum, ut præ cæteris disertiùs asserit Vasquius n. 13. Itaque substitutus excludità Iure accrescendi coujunctum tam mixtim, quàm verbaliter tantùm, & realiter tantùm conjunctum. Formulam ponit istam. *Titio fundum lego. Sejo eundum fundum lego & Sejo Mævium substituo.* Sunt realiter conjuncti, & non verbaliter, quia per diversas enuntiationes. Idem est si dicatur: *Titius hæres esto, & Sejus hæres esto. & Sejo Mævium substituo.* Et in hoc genere conjunctionis est maxima ratio dubitandi. Quia Titius ad solidam hæreditatem vocatur & invitatur: ergo deficiente Sejo videtur tota hæreditas ad ipsum pertinere. Verùm optimè respondet citatus JCtus, quòd Sejus etiam ad totam hæreditatem invitatus sit, & ideo dimidiam partem Titio auferat, quia similiter vocatus est. Vnde æquas partes concursu faciunt, quia non est cur alter alteri præferatur. Ergo si Sejus de medio subtractus sit, & Mævius ejus locum vi substitutionis occupaverit, superest, ut eodem Iure utatur, quo uteretur Seius primò nominatus, in cujus locum intravit, & consequenter partem auferat Titio, quia præter Seium nullum agnoscit Superiorem, & quia hujus locum occupavit, jam incipit haberi perinde, acsi reverà ipse fuisset primordialiter invitatus. Hoc observato cessat omnis difficultas, quia sicut vi Institutionis Titius & Seius censebantur una eadémque persona, ità Titius & Mævius postmodum censentur una persona.

48. Sed quid si non uni determinato hæredi facta sit substitutio, sed indeterminatè: v. g. *Titius & Cajus sint hæredes, quibus substituo Mævium.* si deinde unus eorum repudiet hæreditatem, vel aliàs non sit hæres, alter verò, vel reliqui hæreditatem adeant, accrescetne illis pars repudiantis, vel eam accipiet substitutus? ℞. ex verbis colligendum esse, quæ mens fuerit Testatoris. si enim dixisset: *Si neque Titius neque Caius hæres erit, Mævius sit:* tunc per Ius accrescendi excluderetur substitutus, & vel uno adeunte extingueretur substitutio, & esset locus accretioni. Si verò substitutio facta esset seorsim, v. g. *Si Titius non sit hæres, sit Mævius, & si Cajus non sit hæres, sit Mævius.* vel si diceret: *Quicunque horum non sit hæres, ejus loco sit Mævius.* vel: si alterutr horum non sit hæres, &c. tunc substitutio valeret, & non esset jus accrescendi. Si denique verba sint obscurè concepta dicendo: *Titium & Cajum hæredes instituo, & illis Mævium substituo;* tunc sanè videtur præsumendum de intentione testatoris, quòd voluerit Mævium illis seorsim substituere, & maluisse habere Mævium cohæredem, quàm unum solum ex illis. & ità censent Angelus, & alii, quamvis contrarium videatur communiùs asseri apud Ferd. Vasq. *n.* 8. & apud Grassum *q.* 13. *in fine.* & est etiam probabile, quòd voluerit toti gradui substituere: & ità fusè propugnat Zasius *to.* 5. *c.* 6. *de subst. conclus.* 5.

49. Quæ hactenus dicta sunt, procedunt maximè, & indubitanter de substitutione vulgari expressa, quòd nempe substitutus expressè præferatur conjunctis, & impediat jus accrescendi. Controversum tamen valde est, an idem dicendum sit de substitutione vulgari tacita, quæ in expressa pupillari continetur, ut infrà dicetur, v. g. aliquis instituit unà cum alio hæredem pupillum, & pupillariter substituit Cajum. Pupillus deinde non sit hæres testatoris, quæritur, an Cajus in ejus locum intret, vel potiùs ejus pars accrescat cohæredi.

Communissima sententia favet substituto, ut videre est apud Vasquium *præfat. lib.* 2. *n.* 15. ubi dicit, quòd ab ea nemo unquam discrepaverit, imò teneatur tanquam indubitatissima. Hac auctoritate nititur maximè Grassus: sed debuisset Vasquium ulteriùs legere, & ejus inconstantiam animadvertere, dum postea prolixissimè communem sententiam impugnat, ut non appareat, cui magìs faveat.

50. Communis sententiæ præcipuum fundamentum paucis comprehendit Grassus, nempe quòd hæc fuerit verisimiliter mens testatoris, qui præsumitur magìs velle præferre substitutum in sua hæreditate, cùm eum expressè in pupilli bonis, in quibus sua continebantur, prætulerit.

Probatur 1. Ex *lege fin. post medium. C. de hæredib. instit.* ibi. [Sin autem nihil tale factum est, supervacaneam & inanem bujusmodi institutionem esse, nisi priùs, hærede Plotio sibi instituto sic adjecerit: *Sempronius Plotii hæres esto;* tunc enim existimandum est eum dixisse, si non Plotius hæres sibi fuerit, tunc Sempronium in totum patrem ve Plotii ex substitutione vocari, ità ut ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus inveniatur.] quem textum probabiliter sic intelligunt interpretes. Imprimis ex textu colligitur, quòd testator duos hæredes instituerit, dicit enim *Partem.* Deinde colligitur, uni eorum fuisse datum substitutum tacitum: atqui ille substitutus admittitur excluso cohærede. ergo, &c.

51. Probatur 3. ex *Lege. fin. C. de Inst. & Subst.* ubi mater excipitur. [Cùm quidam prægnantem habens conjugem scripsisset hæredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem verò ex alia parte, & adjecit: si non posthumus natus fuerit, alium sibi hæredem esse: posthumus autem natus impubes decessit: dubitabatur, quid Iuris sit, tam Vlpiano, quàm Papiniano viris disertissimis, voluntatis esse quæstionem scribentibus: cùm opinabatur Papinianus, eundem testatorem voluisse posthumo nato & defuncto impubere, matrem magìs ad ejus venire successionem, quàm substitutum: si enim suæ substantiæ partem vxori dereliquit, multò magìs & luctuosam hæreditaté ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitatio-

tationem resecantes, substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi posthumus natus adhuc impubes vivâ matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cùm posthumus minimè editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit.] ubi glossa dicit, quòd tacita vulgaris comprehensa in expressa pupillari admittatur contra matrem. Hunc textum, quem n. 71. iterum referam, ponderat Vasq. *à n. 66.* & conatur ex eo eruere argumentum, ut vocat, abditissimum pro communi opinione; quàm autem violenta, & vix intelligibilis sit illius argumentatio, deprehendet quivis, qui legerit. Mihi ergo satis est, hanc sententiam communi auctoritate suffultam esse, & satis fundari in eo, quòd taciti & expressi sit eadem ratio; & quia substitutio vulgaris tacita non oritur ex ipsa pupillari, sed ex legis dispositione, & ex præsumpta voluntate defuncti, ut argumentatur Ant. Gomez n. 30. ubi pluribus probat communem opinionem.

CONTROVERSIA IV.

De Substitutione Pupillari.

SVMMARIVM.

Quæ sit Pupillaris Substitutio. 52.
Quo sensu dicatur esse testamentum filii, aut patris. 53.
An evanescat, quando pater professionem emittit. 54. *& seqq.*
An ad substitutionem pupillarem requiratur, ut substitutus hæres instituatur. 59.
An omnibus liberis pupillariter substitui possit. 60.
Quomodo sit accipiendus annus pupillaris, an pro incepto, an completo. 61.
An nemo paganus possit substituere pupillariter, nisi constituto sub potestate. 62.
An substitutio pupillaris convalescat superveniente patriâ potestate. 63.
An evanescat Substitutio, finitâ pat. potestate per dignitatem. 65.
An evanescat substitutio per malitiam supplentem ætatem, &c. 66.
An valeat substitutio facta in testamento minùs solenni, sed habente ea, quæ requiruntur ad testamentum inter liberos. 67.
An evanesceret substitutio, destituto testamento. 68.
Substitutio pupillaris continet tacitam vulgarem. econtra expressa vulgaris continet tacitam pupillarem. 69. *& seqq.*
Qualis sit substitutio: Filium meum (impuberem) hæredem instituo, & illi substituo Antonium. 72.
An substitutio pupillaris nulla valeat tanquam vulgaris. 73.
An invalida substitutio pupillaris careat omni effectu. 74.
An sicut pupillariter substitutus in primo gradu succedit impuberi in omnibus bonis, ità eo deficiente succedat substitutus secundo gradu. 75.
Si facta est duplex substitutio pupillaris, an deficiente primo pervenient bona instituti ad substitutum secundo gradu, si jam priùs consecutus est bona substituti primo gradu. 76.
Casu quo pupillus bona patris imprudenter adiit, possitne substitutus hæreditates separare, & unâ repudiatâ succedere in altera. 77.
Solvitur dilemma Politi. 78.
An substitutus sit futurus hæres pupilli abstinentis ab hæreditate paterna, & in pupillari ætate decedentis. 79.
Quid si pupillus habeat cohæredem extraneum. 80.
An per substitutionem pupillarem excludatur à substituto mater etiam quoad legitimam. 81. *& seqq.*
Solvitur argumentum Menochii. 84.
Quid si facta sit substitutio pupillaris expressa terminis generalibus. eod.
Quid dicendum de substitutione pupillari tacita. 85.
Si substituta sit causa pia, an tunc excludatur mater. 86.
Satis sit argumento P. VVadingi. 87. 88.
Excluditur mater per quamcunque causam piam substitutam ex intentione fructûs spiritualis. eod.
An mater excludatur per substitutum extraneum. 89. *& seqq.*
Solvuntur objectiones. 94.
Intellectus legis 8. C. de impuberib. & aliis subtit. 95. 96.
Intellectus legis 45. ff. de vulg. & pupill. subst. 97.
Quandonam pupillaris substitutio exspiret. 98.
An adveniente pubertate exspiret etiam tacita vulgaris. 99. *& seqq.*
Objectio solvitur. 102. 103.
Quam vim habeat hæc formula: Quisquis mihi hæres fuerit, sit & filio meo impuberi hæres. eod.
Substitutio vulgaris ultra tempus pubertatis, vel infrà quid operetur. eod.

§. I.

De Requisitis ad valorem hujus Substitutionis.

52. PUpillaris substitutio dicitur (inquit Grassus & Zasius) quam pater facit filio pupillo, ut ei intet pupillaria mortuo succedatur. Optima definitio est P. Molinæ *d.* 184. Est substitutio directa & simplex, quâ testator libero impuberi in potestate ipsius constituto, neque per mortem ipsius in alterius potestatem recasuro, hæredem substituit, qui impuberi ipsi sit hæres.

Debet autem pater hanc substitutionem facere in suo testamento, adeoque in suo testamento facit quoque testamentum impuberis in sua

sua potestate constituti (unde mater carens patriâ potestate non potest pupillariter substituere) quo illi, tanquam in ætate pupillari intestabili ex Iuris privilegio substituit hæredem, si fortè in ætate pupillari decesserit, ad hoc, ut non decedat intestatus, quia impubes non permittitur à lege sibi ipsi testamentum facere. Habentur hæc pr. Inst. h. t. [Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solùm ità ut suprà diximus (*i. e. vulgariter*) substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres, sed eò ampliùs, ut si hæredes extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres.]

53. Hæc substitutio aliquando dicitur esse testamentum patris, aliquando testamentum filii, aliquando dicitur esse unum testamentum, aliquando duplex, sed in sensu diverso, ut benè declarat Duarenus c. 12. & indicatur in *L. 20. ff. h. t. Patris & filii testamentum pro una habetur etiam in Iure Prætorio, nam sufficit tabulas esse patris signatas, etsi resignatæ sint filii, & septem signa patri sufficiunt.* Dicitur unum testamentum, & plures hæreditates. Unum testamentum dicitur, quia unus & idem testator est, una forma, & una solennitas, una observatio: pater utrumque facit, & septem testes sufficiunt. Sed quia duæ sunt hæreditates, una patris, altera filii, dicitur esse duplex testamentum. Ex his colligitur, quo sensu dicatur pupillaris substitutio esse pars testamenti paterni in l. 38. §. fin. ff. hic. *Quia & pupillares tabulæ pars sunt prioris testamenti.* Pars enim prioris testamenti (inquit Duarenus) sunt pupillares tabulæ, etiamsi in diversis tabulis utrumque testamentum scribatur: sed posteriores tabulæ sunt velut appendix & sequela prioris testamenti. & ideo corruente principali corruit etiam pupillare. *arg. l. 16. ff. h. t.* Quod tamen postremum non est simpliciter verum, ut constabit ex dicendis n. 59. Sed solùm si corruat ex defectu alicujus Solennitatis. Econtra in aliis locis dicuntur duo testamenta. §. 2. *Instit. h. t.* [Igitur in pupillari substitutione duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii. tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset, aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.

Ad valorem pupillaris Substitutionis requiritur, ut ille cui substituitur, sit in potestate testatoris tempore mortis hujus, aut saltèm sit posthumus in utero existens, alioquin si sublata erit patria potestas, evanescit substitutio. *l. 41. §. 2. ff. h. t.* [Cùm filio, vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum cæpit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.]

54. Hinc autem nascitur Controversia, an evanescat pupillaris substitutio facta à patre, quando deinde professionem in Religione emittit, supponendo, quòd per hujusmodi professionem desinat patria potestas. Affirmat Thomas Sanchez *lib. 7. Decal. c. 3. n. 42. & seq.* secutus Emanuelem à Costa *repet. in cap. si pater de testam. n. 6. p. 2. §. testatore mortuo. n. 9.* loquendo de professione facta in Religione capaci successionis, secùs in Religione incapaci successionis, nam tunc valeret substitutio pupillaris, etiamsi vivo patre decederet filius impubes, quia hæc professio habet omnes effectus mortis naturalis, non item illa prior, ut constat ex dictis *to. 1. tr. 4.* Hinc infert idem Sanchez, quòd si Professus Franciscanus transiret ad Religionem successionis capacem, vel transferretur ad Episcopatum, exspiraret substitutio, si filius adhuc viveret, secùs si mortuus fuisset, dum pater erat professus in priore Religione. Idem asserit de Coadjutoribus Formatis nostræ Societatis. De Religioso verò qui sola vota Simplicia post Novitiatum edidit, consequenter etiam dicit, quòd exspiret substitutio pupillaris, & hoc videtur esse extra dubium, quia testamentum ne quidem morte civili confirmatum est, sed semper revocabile, & tamen per talia vota solvitur patria potestas.

55. Verùm quoad Professos in Religione etiam capaci successionis contrarium tenent Anchoranus, & Florianus, citati ab eodem Sanchez, & P. WVadingus *disp. 5. dub. 8. n. 3.* secutus Philippum Francum, substitutionem pupillarem per talem professionem non evanescere, sed confirmari, & statim à professione obtinere vim, & si pupillus moriatur in ætate pupillari, hæreditatem deberi substituto exclusis hæredibus ab intestato, adeoque excluso ipso patre, & Monasterio.

56. Ego magis assentior Sanchezio, & probo conclusionem hoc argumento. Certum est, quòd talis Professus non quoad omnes civiles effectus habeatur pro mortuo, retinet enim jus succedendi, retinet usumfructum in bonis adventitiis filii, ut diximus *to. 1. tract. 4.* & hoc concessum est in favorem Religionis: atqui nullo jure probari potest, quòd censeatur civiliter mortuus in ordine ad confirmandam substitutionem pupillarem; imò potiùs contrarium colligitur, nam si dicamus per professionem evanescere substitutionem pupillarem, hoc cedit in commodum Monasterii, quia si filius moriatur in pupillari ætate, pater illi, & hujus intuitu seu repræsentatione succedet Monasterium, quod non esset, si substitutio valeret. Adhoc argumentum non invenio responsum apud adversarios.

57. Sed videamus, quo jure dixerit WVadingus, pro contraria sententia extare jura clara, & citat duas leges Digestorum, quibus disputatur à Papiniano, an filio desinente esse in patria potestate per captivitatem patris apud hostes & ibidem mortui, filio quoque in pupillari

ætate decedente, an, inquam, hæreditas ad substitutum pupilli, ao ad hæredes ab inteftato pertioeat. Refpondet in *l.* 10. *ff. de capt. postl. rever. & l.* 28. *ff. de vulg.* ad fubftitutos pupillares fpectare, & dat rationem: quia quando pater apud hoftes deceffit, fingitur à Iure mortuus oaturaliter, ab ipfo puncto, quo captus eft primùm ab hoftibus, & per confequens mortem civilem io hoc cafu æquiparari naturali. Deinde applicat hanc refolutionem ad cafum præfentem. Pater per profeffionem fingitur mortuus oaturaliter: filius ergo qui in poteftate fuit usque ad punctum profeffionis, fingitur usque ad mortem fuiffe in poteftate, & per mortem exiviffe è poteftate. ficut ergo fi pupillus per mortem naturalem patris fuiffet poteftate folutus, confirmatæ fuiffent tabulæ pupillares, ità & per hanc mortem, quæ fingitur à iure ad hunc effectum mors naturalis.

Refpondeo, hoc argumento optimè probari id quod nemo oegat, nempe non evanefcere fubftitutionem pupillarem per illam profeffiooem, quæ quoad effectum fucceffioois comparatur morti oaturali; nam hoc folum probatur exemplo patris in captivitate mortui, fed non probat ullo modo de profeffione facta in Religiooe capaci fucceffionis. Et miror, quòd P. VVagingus non faciat ullam mentionem hujus difcriminis, in quo tamen unicè eft fundata noftra fententia.

Neque neceffe eft, ad hoc ut per vota in Religione diffolvatur patria poteftas, vota illa inducere mortem civilem: hanc enim non inducunt vota Scholafticorum in noftra Societate, & tamen diffolverent patriam poteftatem, & facerent evanefcere fubftitutionem pupillarem.

58. Additum eft in definitione Subftitutionis pupillaris: quòd pupillus non fit recafurus in alterius poteftatem. & hoc habetur *l.* 2. *pr. ff. h. t.* [Moribus introductum eft, ut quis liberis impuberibus teftamentum facere poffit donec mafculi ad quatuordecim anoos pervenïant, fœminæ ad duodecim. Quod fic erit accipiendum, fi fiot in poteftate. Cæterùm emancipatis non poffumus. Pofthumis planè poffumus. Nepotibus etiam poffumus, & deinceps, fi qui NB. noo recafuri funt in patriam poteftatem.] Hæc autem intelligenda funt, iecluſo privilegio militari, quod aliqui putant competere militi, cujus filius exiftat in poteftate avi, oam tunc putant aliqui poffe patrem filio impuberi fubftituere pupillariter, fimiliter & avum, fi miles fit, poffe fubftituere pupillariter nepoti, non obftante, qoòd in patris poteftatem fit recafurus. De quo fortaffe redibit infrà fermo.

59. QUÆRITUR oonc 1. An ad fubftitutionem pupillarem requiratur, ut ille cui fubftituitur, hæres inftituatur. ℞. Antiquo jure ità erat neceffarium, ut habetur *in lege* 2. *pr. ff. h. t.* ibi. [Sed fi eos patres præcedant, ità demum fubftitui eis poteft, fi hæredes inftituti fint vel exhæredati. ità enim fuccedendo oon rumpunt teftamentum; nam fi principale ruptum fit teftamentum, & pupillare evanuit.] Verùm Iure oovo Authenticorum, etiamfi fit præteritus filius impubes aut non legitimè exhæredatus; imò etiamfi teftamentum corruat ex eo quòd alius filius fuerit præteritus, fubftitutio tamen fubfiftit, ficut legata, fideicommiffa, &c. *cap.* 3. *§. fin. de teftam.* [Si verò contigerit, io quibusdam talibus teftamentis, quædam legata vel fideicommiffa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula conceffa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri, & dari illis, quibus fuerint derelicta, & tanquam in hoc non refciffum obtineat teftamentum.] Atqui ex communi DD. fententia fubftitutiones pupillares fuot etiam unum ex illis capitulis. Ergo.

Dices. Ergo etiam Subftitutiones Vulgares fubfiftent rupto teftamento propter exhæredationem aut præteritionem. ℞. Negando confequentiam & paritatem. Nam hoc ipfo quòd filius præteritus fuccedat ab inteftato excluſis hæredibus inftitutis, etiam excludit fubftitutos vulgariter. In fubftitutione pupillari eft duplex teftamentum, & priore corruente alterum fuftinetur in favorem pupilli.

60. QUÆRITUR 2. An univerfim omnibus liberis pupillariter fubftitui poffit. ℞. 1. De liberis naturalib⁹ & legitimis fimul, conftat ex textibus allatis, noo folùm primi gradûs, fed etiam ulteriotis, modò io poteftate exiftant. De pofthumis etiam conftat ex *l.* 2. *cit.* ℞. 2. Poffe etiam fubftitui legitimis tantùm, hoc eft arrogatis & adoptatis qui tranfeunt in poteftatem adoptantis. *l.* 10. *§.* 6. ibi. *Scævola tamen putat, vel hoc arrogatori permittendum.* Verùm textus non videtur plus concedere, quàm poffe illis fubftitui quoad illa folùm bona quæ ab arrogatore, vel ejus intuitu acquifiviffet; & colligo ex verbis adjunctis. *Ego etiam* (inquit Ulpianus) *amplius puto etfi quid beneficio arrogatoris adquifivit, & hæc fubftitutum poffe habere, ut puta arrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.* & ità tradit etiam Duarenus. §. *Secundò excipitur.* ℞. 3. Filiis naturalibus tantùm, nifi fint legitimati ex voluntate patris, non poteft fubftitui, quia non funt in patria poteftate. Sed quidfi pater fubftituit filio naturali tantùm, & poft mortem patris pupillus legitimatur, an convalefcet fubftitutio? Ratio dubitandi eft, ne lædantur iura legitimorum hæredum. Affirmat Bartolus. Verùm Politus, Jafon, & poft illos Udalricus Zafius requirunt, ut legitimatio facta fit ex voluntate, & ad inftantiam Patris, ad quod probandum adducunt authenticam *fi quis C. de naturalib.*

lib. liberis. in qua tamen hoc non usque adeo clarè habetur, sed solùm dicitur, illos successuros, si pater in testamento illos dixerit suos. Sanè ex defectu patriæ potestatis non potest valere substitutio pupillaris facta filio non legitimo tempore mortis.

61. QUÆRITUR 3. Quomodo accipiendus sit annus pupillaris, an pro incepto, an pro completo. ℞. Ad hoc ut substitutio pupillaris evanescat, debere annum ultimũ, nempe decimum quartum in maribus, & duodecimum in fœminis, esse completum. *l. 5. ff. qui testam.* [A qua ætate testamentũ vel masculi, vel fœminæ facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in fœminis verò duodecimum, completum.] Quæ tamen circa ultimum diem dicta sunt, vide suprà tractatu 6. num. 238.

62. QUÆRITUR 4. An sine exceptione verum sit, quòd nemo paganus possit pupillariter substituere, nisi illi quem habet in potestate. Ratio dubitandi nascitur ex lege 33. *ff. h. t.* quæ sic habet. *Si mater ità testetur, ut filium impuberem, cùm erit annorum quatuordecim hæredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat, valet substitutio.* atqui mater non habet filium in potestate. ergo potest valere pupillaris substitutio absque patria potestate.

Verùm, hoc non obstante constans regula tenenda est, non valere talem substitutionem pupillarem, ob jura expressa superiùs adducta. Lex allata nullo modo contrarium probat, quia clarum est, quòd illa substitutio fuerit tantùm vulgaris: fuit enim filius institutus hæres in tempus adeptæ pubertatis: (fortè in eum finem, ut bona illius essent tutiora, & non venirent in manus patris prodigi, prout fieri posse alibi dixi, adeo ut talis præteritio non noceret testamento, si filius moreretur) & pro tunc alius substitutus, *si ille hæres non erit*: atqui ineptum est, substituere pupillariter in illud tempus, quo cessat pupillaris substitutio, prout etiam pulchrè observat Vdalr. Zasius *in 3. requis.* Deinde hoc manifestant illa verba: *Si hæres non erit.* quæ est formula substitutionis vulgaris, nam in pupillari potiùs dicitur: *si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit.* Ad verba autem legis respondent communiter, illam substitutionem vocari pupillarem, non loquendo Juridicè, & formaliter, sed grammaticaliter, quia facta erat illi, qui tunc erat pupillus. Hanc interpretationem ridet Polius, ego illam in medio relinquo, & solùm dico, Cujacium ingeniosè, si non verè, textum illum emendare, & pro *Pupillaribus* legere: *Pugillaribus*, & sic cessaret omnis difficultas.

63. QUÆRITUR 5. An Substitutio pupillaris ab initio invalida ob defectum patriæ potestatis, postea convalescat si superveniat patria potestas. Rationem dubitandi facit textus in *l. 2. pr. ff. h. t.* ubi dicitur: *Sed si extraneum quis impuberem hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modò eum adoptaverit, vel arrogaverit.* Non satis constat, an vox *arrogaverit* accipiatur in *futuro*, an in *præterito*. Covarruvias *in cap. Raynutius §. 5. n. 1.* negat convalescere. Eandem negativam propugnat Zasius, indubitatè asserens, ibi sensum esse de arrogatione præterita, facta quidem post institutionem, sed ante substitutionem; nam materia subjecta exigit tempus præteritum: fortiùs enim præsumitur quis actum à principio validum facere, quàm actui invalido remedium quærere. Confirmari etiam potest ex illa regula, quòd actus ab initio vitiosus ob defectum conditionis, non convalescat supervenientibus postea conditionibus: sic qui invalidè contraheret cum aliqua non habente legitimam ætatem vel potentiam, non convalesceret matrimonium superveniente ætate, & potentiâ, sed esset matrimonium de novo contrahendum. Eandem sententiam ad longum propugnat Harpprecht. Inst. h. t. Hæc sunt quæ negativam sententiam, theoricè considerando, mihi persuasissent contra sententiam Bartoli communiter in praxi receptam, nisi P. Molinam legissem & vidissem egregiè confirmari sententiam Bartoli per alium textum, quem jam suprà recitavi, & habetur *lege 41. & §. 2. ff. h. t.* eumque sibi objicit, sed non nisi divinatoriè solvit Harpprecht. [Cùm filio vel Nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum cœpit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.] Ecce! Substitutio facta eo tempore, quo nondum aderat conditio patriæ potestatis, tunc solùm irrita pronuntiatur, si postmodum non superveniat nempe, si mortis quoque tempore non sit in potestate avi substituentis tunc, cùm nepos necdum erat in ejus potestate: ergo si superveniat potestas ante mortem, valebit substitutio. Confirmatur sententia sequenti responsione. Itaque

64. Ad argumentum adversariorum respondetur, substitutionem factam ante arrogationem non esse simpliciter vitiosam, quia est tacitè conditionalis, nempe: *Instituo Titium impuberem hæredem, & eidem substituo Cajum pupillariter, si, priusquam moriar, in meam venerit potestatem.* Censetur enim jam talem in animo destinâsse adoptare, quia si Jurium gnarus est, scit alioquin substitutionem non valituram. Ergo conditione impletâ valebit Substitutio.

65. QUÆRITUR 6. Si filius, cui facta est substitutio pupillaris, exeat ex potestate patris per dignitatem aliquam, an evanescat substitutio? ℞. Communem sententiam post Bartolum esse, talem dignitatem non nocere substitutioni pupillari & hanc sententiam probant ex *Novella 81. §. illud quoque.* alibi à me recitato, ubi Imperator omnia Jura cognationis

 servat

servat filio illibata, etiamsi sit soluta potestas patria. Ego subsisto, an ex hoc textu intentum probetur, sed non immoror, quis non facilè contingit, per hujusmodi dignitates extrahi Impuberes à patria potestate.

66. QUÆRITUR 7. Si quis substitueret filio suo impuberi, sed in quo malitia ità supplêsset ætatem, ut ante decimum quartum annum ei liceret contrahere matrimonium, idque contraxisset in loco ubi non dissolvit patriam potestatem: an evanesceret substitutio pupillaris. ℞. Si prolem acquireret ante xdeptos annos pubertatis, evanesceret, secùs non evanesceret, sicut Iure communi non posset propterea citiùs testari ob xnticipatam pubertatem. Colligitur ex lege 43. *ff. h. t.* [Ex facto quæritur. Qui filium habebat mutum puberem, impetravit à Principe, ut muto substituere ei liceret, & substituit Titium. mutus duxit uxorem post mortem patris, & nascitur ei filius, quæro an rumpatur testamentum. Respondi, beneficia quidem Principalia ipsi Principes solent Interpretari; verùm voluntatem Principis inspicientibus potest dici eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius ejus in eadem valetudine perseverat: & ut quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ità Princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam & si furioso filio substituisset, diceremus desinere vxlere testamentum, cùm resipuisset, quia jam posset sibi testamentum facere: etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc illud valere dicamus: auferret enim factionem testamenti homini sanæ mentis. Igitur NB. etiam agnatione sui hæredis dicendum est rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium hæredem institueret ipse filius postea, an jure habere cœpit suum hæredem: neque enim aut patrem aut principem cogitâsse de hoc casu verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exhæredxret.] Lex hæc valde servire potest ad resolvendos plures bujusmodi casus metaphysicos, qui ad exornandas disputationes, & exercenda defendentium ingenia possunt excogitari.

67. QUÆRITUR 8. Si Pater substituat filio in testamento minùs solenni, (non tamen ex causa præteritionis, aut illegitimæ exhæredationis nullo, nam ex hoc non vitiari substitutionem jam suprà dixi) sed tamen habente ea quæ sufficiunt ad testamentum inter liberos, esto cæteroquin sit imperfectum, quæritur, xn substitutio valeat. ℞. Si substitutus sit etiam ex familia, valet, quia est testamentum purè inter liberos factum. Si verò substitutus sit extraneus, non valet, quia in lege *hac consultissima §. ex imperfecto. C. de testam.* expressè cavetur, quòd si sit immixta extranea aliqua persona, testamentum habendum sit pro non facto. Et ità post Politum sentit Zasius: *requis. 6.*

68. QUÆRITUR 9. Si impubes, cui substitutum est pupillariter, repudiaret hæreditatem patris substituentis, & ità ex testamento nemo hæres esset, xdeoque evanesceret testamentum ex defectu hæredis, an etiam evanesceret Substitutio. De hoc agetur §. sequente quæsito. 6.

§. II.

De Effectibus Substitutionis Pupillaris.

HActenus præcipuè actum est de requisitis xd valorem Pupillaris substitutionis, nunc ad ejus effectus examinandos accedendum est.

69. Primus quidem & vxlde æstimxbilis effectus est, quòd Substitutio Pupillaris expressa contineat tacitam vulgarem, & econtra Expressa vulgaris contineat tacitam pupillxrem per se loquendo: nam unus vel alter casus excipietur in progressu. Colligitur ax *lege* 4. *ff. h. t. Iam hoc jure utimur ex D. Marci & Veri constitutione, ut cùm Pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur: sive filius hæres non exstiterit, sive axstiterit, & impubes decesserit.* Secundùm Iuris Interpretes sensus est, quòd substitutio facta impuberi semper sit virtualiter duplex, pupillaris, & vulgaris. Vel enim fit verbis quæ exprimunt pupillarem, sed non exprimunt vulgarem, & tunc dicitur expressa pupillaris, & tacita vulgaris. v. g. si sic fiat. *Filium meum hæredem instituo; & si in impubertate decesserit, substituo illi Cajum.* Si filius sui patris hæres existat, & pubes fiat, evanescit omnis substitutio; si verò hæres quidem existat, sed decedat impubes; tunc Cajus non quidem Testatori, sed filio succedit in utramque hæreditatem, ex substitutione pupillari. Si denique filius non existat hæres sui patris, tunc Cxjus patris testatoris hæres existit, ex substitutione tacita vulgari, quæ in expressa pupillari continebatur: quia perinde erat ac si pater expressè dixisset. *Si filius meus hæres meus non fuerit, Cajus meus hæres erit.* Quia verò filius potest xbstinere ab hæreditate paterna ante adeptam pubertatem, & impubes decedere, vel post pubertatem primùm: quocunque tempore xbstineat, Cajus erit hæres Testatoris. An autem evanescat substitutio pupillxris per abstentionem ante pubertxtem, dicetur quæsito 6. Et hæc pro intelligentia substitutionis pupillaris expressæ.

70. Vel fit verbis exprimentibus substitutionem volgarem & non pupillarem. v. g. *Si filius meus impubes hæres non erit; sit Cajus.* Et tunc est expressa vulgaris & tacita pupillaris. Itaque si filius existat hæres patris & perveniat ad ætatem pubertatis, tunc substitutio penitus evanescit. Si verò non existat hæres patris, & perveniat ad pubertatis xnnos, vel si moriatur ante patrem, Cajus erit tantùm hæres testatoris, ex vulgari

expressa

expreſſa. Si denique filius erit quidem hæres patris, ſed deceſſerit in ætate pupillari, Cajus tantùm erit hæres filii impuberis (conſequendo utramque hæreditatem per modum unius pertinentis ad filium) ex ſubſtitutione pupillari tacita. Ratio omnium eſt, quia perinde eſt, ac ſi expreſsè ſcripſiſſet: [Filius meus mihi hæres erit. ſi non fuerit, Cajus erit, quem etiam ſubſtituo pupillariter filio meo, ſi impubes deceſſerit.] Ratio autem cur verba teſtatoris non exprimentia utramque, ſed unam tantùm ſubſtitutionem, leges interpretentur, & intelligi velint de utraque, non eſt alia, quàm præſumptio de mente teſtatoris. Nam ſi teſtator voluit habere ſubſtitutum Cajum, ſi filius ſuus hæres eſſet, & intra pupillarem ætatem moreretur, utique etiam eundem Cajum eo caſu quo filius hæres non eſſet, vocare voluit, & vocâſſet, ſi de hoc caſu cogitâſſet. Vnde ſequitur, quòd ſi conſtaret de contraria teſtatoris voluntate, aliter etiam de ſubſtitutione judicandum eſſet.

71. Confirmantur hæc ulteriùs ex lege 4. *C. de Impub. & aliis ſubſtit.* quæ ſic habet. *Quamvis placuerit, ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerit, à parente factam ità:* ſi hæres non erit: *porrigi ad eum caſum, quo poſtea quàm hæres exſtitit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem exſtitiſſe probetur: cùm tamen proponas, ità ſubſtitutionem factam eſſe:* Si mihi Firmianus filius & Ælia uxor mea (quod abominor) hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres eſto. *manifeſtum eſt in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo utrique hæredum ſubſtitui potuit.*

Confirmantur item adhuc clariùs ex lege fin. *C. de Inſt. & Subſtit.* ubi talis caſus proponitur. [Cùm quidam prægnantem habens conjugem ſcripſit hæredem ipſam quidem ſuam uxorem ex parte, ventrem verò ex alia parte, & adjecit: ſi non poſthumus natus fuerit, alium ſibi hæredem eſſe: poſthumus autem natus impubes deceſſit: dubitabatur quid juris ſit. Tam Ulpiano, quàm Papiniano viris diſertiſſimis voluntatis eſſe quæſtionem reſpondentibus, &c.]

Reſolvit Imperator. [Nos ſubſtitutionem quidem hujusmodi caſu ubi poſthumus natus, adhuc impubes vivâ matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cùm poſthumus minimè ejus fuerit, vel NB. poſt ejus partum mater prior deceſſerit.] Verba hujus legis, ipſúmque caſum, clariùs effert P. Molina *d.* 183. *n.* 4. Cùm quidam in hunc modum teſtamentum condidiſſet. Sit meus hæres poſthumus meus, qui in ventre meæ uxoris remanet: & ſi ille natus non fuerit, ſit hæres Petrus: decernitur, nato illo, & mortuo intra pupillarem ætatem poſt matrem ſuccedere illi Petrum, & non hæredes ab inteſtato, idque propter tacitam ſubſtitutionem pupillarem in vulgari comprehenſam.

72. QUÆRITUR jam 1. Qualis ſit ſubſtitutio, ſi fiat hoc modo. *Filium meum (impuberem) hæredem inſtituo, & illi ſubſtituo Antonium.* ℞. Eſſe expreſſam pupillarem & vulgarem, ſed terminis generalibus, hoc eſt, utrumque aptis ſignificare. Nam verbum *ſubſtituo*, generale eſt, & commune utrique ſubſtitutioni: unde ſi is cui ſit talibus verbis ſubſtitutio, eſt capax utriusque ſubſtitutionis, nempe quia eſt impubes, cenſetur ei ſubſtitutum expreſsè utroque modo, ſed verbis generalibus. Quodſi verò ex duobus filiis alteruter tantùm ſubſtitutionis pupillaris capax eſſet, v. g. ſi ex duobus fratribus unus eſſet pubes, alter impubes, tunc verbis generalibus invicem ſubſtituti cenſerentur ſolùm ad invicem vulgariter ſubſtituti, & impuberi nemo pupillariter eſſet ſubſtitutus, & in hoc caſu ſubſtitutio vulgaris non contineret pupillarem. Ratio eſt, quia præſumeretur pater noluiſſe inæqualem ſubſtitutionem facere, ut unus duplici viâ, ſeu in duplicem caſum eſſet inſtitutus, alter verò tantùm in unum caſum; & ſi aliud vellet, uti deberet clarioribus verbis. ità accipienda ſunt ultima verba legis 4. *C. de Impub. & aliis ſubſt.* ibi. *Manifeſtum eſt, in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo utrique hæredum ſubſtitui potuit.* & clariùs habetur in *L.* 6. *C. de Teſtam. milit.* ibi. [Si duobus hæredibus inſtitutis altero, cui potuit usque ad tempus pubertatis parens facere teſtamentum, altero, cui poſtquam hæres exſtitit, ſubſtituere non potuit, invicem ſubſtitutio eisdem verbis facta eſt: In eum ſolùm caſum eam locum habere placet, quo utrique pari ratione potuit ſubſtitui.

73. QUÆRITUR 2. Utrum ſi quis faceret ſubſtitutionem pupillarem expreſſam alicui, cui non poteſt ſubſtituere pupillariter, quia v. g. eſt extraneus, vel jam eſt pubes, valeat ſaltèm tanquam ſubſtitutio vulgaris. Reſpondent Covarruvias, Ant. Gomez, & ex illis Molina n. 22. affirmativè. & Ratio eſt, quia tacita vulgaris præſumitur ex mente teſtatoris ſubeſſe. Conatur hoc Ant. Gomez deducere ex lege *ſi mater.* ſuprà ponderata, & ſupponit matrem voluiſſe pupillariter ſubſtituere, & illam ſubſtitutionem approbari, non quà pupillarem, ſed quà vulgarem tacitam; quæ interpretatio eſt contra alios omnes interpretes, ut ſuprà retuli, & fatetur ipſe Gomez, dum ait. *Vnde noviter, & ſubtiliter* (quâ commendatione utitur ferè in omni pagina) *dico, quòd ſit tertius meus & novus intellectus, &c. & iſtum intellectum dedi, & ſignavi in mea publica repetitione, quam feci pro obtinendo gradu licentiæ.* Sed reverà eſt intellectus violentus, ut patet ex iis quæ ſuprà ex ſubtiliſſimo Zaſio (quem VVaizenegger Germaniæ Papinianum vocat) diſputavi. Et ecce! poſtquam hæc ſcripſi, & luſtro Annotationes Emanuelis Suarezii in eundem

locum

locum Gomezii litt. O. reperio hæc verba. Textus hic in L. [*Si mater* absque dubio dignissimus notatu est, quamvis à nostro Gomezio secùs, quàm debet intellectus sit. Nulla enim, &c. Itaque nihil penitus lex hæc opinionem nostri Gomezii promovebit.]

74. QUÆRITUR 3. Et difficiliùs, an substitutio pupillaris inutilis, & invalida, quà pupillaris careat omni effectu. Communis sententia asserit, talem inutilem substitutionem pupillarem converti in fideicommissariam, si is qui fuit hæres institutus, & cui pupillariter substitutum est, hæres exstat: ac proinde, si intra pupillarem ætatem decedat, debet ipse, (seu meliùs ipsius hæredes ab intestato venientes) restituere omnia substituto (deductâ tamen Trebellianicâ) quæ ex bonis illius testatoris ad talem pupillum hæreditario Iure pervenerunt. Contrarium tenuerat Gomez pro obtinenda Licentiatura, ut dicit c. 4. n. 6. Sed postea altiùs considerando subscripsit communi sententiæ. Loquuntur autem interpretes indistinctè, undecunque proveniat inutilitas, & invaliditas substitutionis pupillaris, sive ex defectu solennitatum, ob quas testamentum non valet in vim testamenti, sive ob defectum personæ, vel substituentis, vel cui substituitur, ut si quis emancipato, aut extraneo substitueret. Fundat se communis hæc sententia in lege 76. *ff. ad SC. Trebell.* Sed reverâ lex illa non loquitur ità indistinctè (ut patebit ex ejus relatione) sed solùm de primo casu. Ut itaque communis sententia aliquatenus sustineatur, distinguendum est cum Eman. Suarez *in Gomez. litt. F. n. 21.* Communis sententia tunc vera est, quando substitutio præcisè ideo inutilis est, quia non sunt servatæ solennitates requisitæ ad talem ultimam voluntatem, v. g. quia testamentum, vel Codicillus non sunt facta debito modo, ex parte verò personatum valuisset substitutio pupillaris. Item communis sententia etiam vera est, si substitutio inutilis est ex parte personatum, seu ex secundo capite relato, si facta est in Codicillo. Si verò facta sit in testamento valido, & est inutilis ex secundo capite, nempe ex parte personarum, tunc non habet vim fideicommissi, sed præcisè convertitur in substitutionem vulgarem, neque aliud potest ex dicta lege probari, sed benè illud utrumque, quod communi sententiæ tribuimus. Lex ità habet. [Scævola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripsit hæredem, eique Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licèt substitutio inutilis sit, quia Codicillis hæreditas neque dari (*quod per substitutionem fieret*) neque adimi potest: tamen benignâ interpretatione placet, ut mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur.] Nempe quia in Codicillis potest fieri fideicommissum, ut infrà dicemus. Vltimum, & tertium conclusionis membrum (in quo à communi sententia recedimus) quamvis non teneremur positivo Iure probare, quia sufficeret, non probari ab adversariis suum intentum, clarè tamen, meo judicio, continetur in *lege 14. C. de hæredib. instit.* ubi dicitur, quòd substitutio dubia, & concepta ad modum pupillaris substitutionis, quæ Iure directo non potest valere, non convertatur in fideicommissariam substitutionem, sed in directam vulgarem. verba sunt post medium. *Sin autem nihil tale factum est, supervacaneam & inanem hujusmodi institutionem esse, nisi prius hærede Plotio sibi instituto, sic adjecerit.* Sempronius Plotii hæres esto. *tunc etenim existimandum est eum dixisse NB. si non Plotius hæres sibi fuerit, tunc Sempronium in totum partemve Plotii ex substitutione vocari, ità ut ex consequentia verborum Plotius quidem institutus, Sempronius autem substitutus videatur.* Et hæc mihi in hac intricata Controversia videntur, quam Molina quidem attigit n. 23. sed indecisam reliquit.

75. QUÆRITUR 4. An, sicut pupillariter substitutus in primo gradu succedit impuberi in omnibus bonis undecunque acquisitis, (qui est secundus effectus substitutionis pupillaris) ità eo deficiente succedat quoque secundo loco & gradu substitutus, v. g. Pater instituit filium impuberem, & ei substituit pupillariter Titium, & iste est in primo gradu substitutus: deinde, quandocunque Titius moriatur sine liberis, substituit Cajum, qui est substitutus secundi gradûs. Ponamus jam Titium mori ante pupillum, & deinde pupillum decedere intra pupillares annos, quæritur, an omnia illius bona pertineant ad Cajum, qui est substituti substitutus. Et hunc casum dicit Zasius esse frequentem, & provisum etiam in suo testamento. Ad casum autem respondendum est cum eodem affirmativè. Ratio est, quia Cajus substitutus est Titio substitutione compendiosâ, in qua continetur tacita vulgaris: ergo si Titius mortuus est sine liberis, & hæres non fuit, Cajus in ejus locum subibit.

76. Sed quid si sit facta duplex substitutio pupillaris, an etiam ad secundo gradu substitutum, deficiente primo, pervenient bona instituti, si jam priùs consecutus est bona primo gradu substituti. In exemplo. Pater habens duos filios impuberes, instituit alterum filium impuberem, & alterum exhæredavit, quem tamen substituit pupillariter alteri fratri instituto: insuper ipsi filio exhæredato pupillariter substituit suam testatoris uxorem. Filius exhæredatus moritur impubes, quo casu uxor ex substitutione sua eidem exhæredato succedit in bonis suis: deinde moritur pupillus institutus etiam impubes: quæritur, an bona illius etiam pertineant ad uxorem, secundo gradu substituram? Casus iste, totus habetur in lege 47. ff. h. t. & ad eum respondet Scævola, *non pertinere.* Quæ resolutio meritò posset in dubium vocari; quia secundùm ea quæ in sua

in superioribus dicta sunt, videtur potiùs de mente testatoris præsumendum, quòd mallet ad uxorem, quàm ad hæredes ab intestato pervenire: & cur in hoc casu non subintelligatur substitutio tacita vulgaris? Certè nisi clara lex obstaret, ego sic respondetem. Conatur tamen Zasius legis rationem reddere, quæ tamen videtur esse mera petitio principii. Ratio, inquit, hujus subtilis doctrinæ est, quia cùm filius exhæredatus, qui fratri substitutus erat, sit mortuus ante fratrem, jam uxor testatoris tanquam substituta successit in bonis suis, cùm intra pupillaria decesserit: & sic conditio suæ substitutionis est impleta. Si ergo frater institutus postea etiam intra pupillarem moriatur, quid hoc ad secundam substitutam, scilicet vxorem, quæ ex sua substitutione accepit quod ad eam pertinuit? Ità Zasius, dicens, hunc esse casum, in quo pupillaris substitutio comprehendit vulgarem. Sed ex hoc ipso urgendus esset Zasius. Nam licèt uxor acceperit, quod ad eam pertinuit vi substitutionis pupillaris, non accepit tamen, quod ad eam pertinet postea vi substitutionis vulgaris comprehensæ in pupillari. Nunquid enim testator potuisset hoc velle? vnde probat Zasius, quòd de facto non voluerit, cùm tamen aliàs præsumatur in substitutione pupillari velle comprehendere vulgarem, etiamsi non exprimat? Legis ergo decisio, & contraria præsumptio, pro ratione mihi est.

77. QUÆRITUR 5. Circa hunc ipsum secundum effectum, qui est: succedere in omnia bona impuberis: an casu quo pupillus hæreditatem patris imprudenter adiit, eò quòd sit valde gravata, possit substitutus hæreditates separare, & repudiatâ hæreditate patris, succedere in solius pupilli hæreditate. ℞. Quandoquidem post aditam hæreditatem substantia patris & filii sunt in unum patrimonium confusæ, nec potest quis partim testatus, partim intestatus decedere, non potest substitutus illas hæreditates suo arbitrio separare. Quia tamen pupillus adeundo hæreditatem læsus est, & beneficium restitutionis in integrum transmittit ad hæredem suum, potest substitutus hoc beneficio uti, & restituetur in integrum, ut Iuris fictione perinde sit, acsi pupillus hæreditatem nunquam adiisset; sicque substantiam patris relinquet hæredibus ab intestato, vel cohæredi accrescet, si quis pupillo cohæres fuit. Et ità communis habet doctrina. Contra quam

78. Objicies cum Polito n. 40. hoc dilemma. Substitutus vel necdum adivit bona pupillaria, dum petit restitutionem, & tunc non erit successor pupilli: ergo necdum habet Ius petendi restitutionem, nec eâ adhuc egebit: aut petit restitutionem post adita bona pupilli, & tunc non est læsus ex persona pupilli, sed ex proprio suo facto, quia poterat adire, vel non adire: Ergo nec hoc casu juvabitur. ℞. Imò cùm sciat se adeundo hæreditatem simul etiam acquirere Beneficium restitutionis, non læditur suo facto. quòd autem in ipsum derivetur jus restitutionis petendæ, habetur clarè in *L. 6. ff. de restit. in integ.* ibi. [Omnium qui potuerunt restitui in integrum successores in integrum restitui possunt. Sive igitur hæres sit, sive is cui hæreditas restituta est, sive filii familias militis successor, in integrum restitui poterit.]

79. QUÆRITUR 6. Si pupillus non adeat hæreditatem paternam, sed abstineat, & in ætate pupillari decedat, adhuc ne substitutus pupillariter erit hæres illius. Ad hoc accuratè respondet Zasius cum distinctione. Aut pupillus fuit solus hæres institutus à patre, aut habuit cohæredem extraneum. Si fuit solus institutus, quamvis abstineat ab hæreditate paterna, tamen si moritur impubes, substitutus impunè accepit bona pupillaria, etiamsi hæreditas patris non fuerit adita, quia hoc loco Suitas pupilli sustinet & fovet tabulas pupillares, per legem 12. ff. h. t. *Si filius qui patri, ac postea fratri ex secundis tabulis hæres exstitit, hæreditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet.* Confirmat hoc Antonius Perez *in tit. C. de Impub. & aliis subst.* n. 19. ex eo, quòd abstensio hæredis sui non faciat corruere tabulas pupillares, cùm *Suus* ipso Iure sit hæres citra aditionem.

80. Cæterùm si pupillus institutus cohæredem extraneum haberet, tunc refert, an ambo repudient hæreditatem paternam: hoc enim posito, si postea pupillus intra pupillarem ætatem decederet, substituto non esset locus, per regulam, quâ dicitur, hæreditate non aditâ cadere tabulas pupillares, quæ Regula intelligitur, quando hæreditas non est adita ab hærede extraneo instituto. & habetur lege 2. §. 1. ibi. *Vt nisi adita quoque patris hæreditas sit, pupillare testamentum evanescat.* & lege 10. §. 4. ibi. [Nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hæreditas: nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hæreditas possit.] Itaque in hoc casu Ius Suitatis non confirmat tabulas pupillares. Addit tamen Antonius Perez, quòd si patris hæreditas adeatur ab intestato, servet Prætor pupillo substitutum, & habetur §. 1. cit. ibi. *Planè si omissâ causâ principali testamenti ab intestato possideatur hæreditas, dicendum est, & pupillo substitutum servandum.* Idem est, si contra tabulas patris petatur possessio. *per L. 34. & seq. ff. h. t.* Si autem pupillo repudiante cohæres ipsius adiret, hîc duo sunt casus advertendi. aut enim is qui cohæres est, pupillo est substitutus, aut tertius aliquis. In his utrisque casibus cohærede adeunte, etiamsi pupillus repudiet, substitutus, sive sit cohæres, sive tertius, si vult pupillo succedere, etiam partem bonorum paternorum à pupillo repudiatam agnoscere cogitur, nec poterit alterum

Z ab al-

ab altero separare. *L. 20. C. de Iure delib.* ibi. *Placuit etenim nobis, sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur.* Ex quibus tandem deduci posse videtur, quòd si pupillariter substitutus expressè, ex vulgari tacita adivisset hæreditatem patris repudiatam à filio, posset nihilominus filio impuberi succedere, quia jam verum esset, quòd patris hæreditas esset adita ab instituto, & non esset destitutum testamentum, nam substitutus est etiam institutus, sed secundo loco.

§. III.

De Exclusione Matris per Substitutum pupillariter.

81. QUÆRITUR. (& est quæstio celebris, sed à multis confusè tractata) an per substitutionem pupillarem excludatur à substituto mater pupilli etiam quoad legitimam. Ut autem distinctè procedamus, incipiamus à substitutione pupillari expressa alicujus extranei. Prima sententia negat eam excludi, saltem de Iure Cæsareo. Ità propugnat magnâ contentione Menochius *lib. 4. præsumpt. 38.*

Communissima sententia affirmat excludi matrem etiam quoad legitimam, quam alioquin filius ei relinquere deberet, si ipsemet testamentum faceret. Hanc sententiam conatur mitigare Politus, nec dissentit Zasius. Aut enim bona paterna ad filium pervenerunt, & ab his bonis potest utique mater excludi patre, seu testatore, ità volente: aut pupillus habuit bona aliunde acquisita: & eo casu videtur in conscientia matri relinquenda legitima. Aliam limitationem addit Zasius, nempe si mater magnâ egestate urgeretur, substitutum cogi posse etiam de Iure civili, ut præstet alimenta matri pupilli, quæ ratione naturali ei debentur.

82. Communis sententia probatur imprimis ex cap. *si pater 1. de testam. in 6.* ubi in fine sic loquitur Bonifacius VIII. [Licèt autem filius testamento suo matrem portione jure naturæ debitâ privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potiùs est censendum.] Ad hunc textum divinatoriè respondet Menochius n. 30. ac cum formidine. fortè, inquit, incongruum non esset dicere, Bonifacium VIII. ità statuisse, quòd secutus fuerit opinionem communem, quæ fuit & Dyni, qui exstitit unus Cumpilatorum libri VI. Decretal. Sit ità, ergo sententia communis est canonizata, quia Pontifex simpliciter, id posse fieri concedit.

Probatur nunc etiam ex Iure Civili, *lege 8. §. 5. ff. de inoff. test. Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.* ad quæ verba videtur mihi indubitatè allusisse Pontifex in verbis similibus. Unde formatur argumentum. Quotiescunque alicui legitima debetur, & contra leges illi non relinquitur, competit querela inofficiosi, ut omnes fatentur, & præced. tr. probatum est. atqui in casu de quo disputamus, non admittitur mater ad querelam, ut patet ex verbis relatis. ergo legitima ei non debetur: ergo nulla superest ratio, quare per substitutum non excludatur.

83. Menochius conatur respondere, non competere quidem matri querelam, competere tamen *condictionem ex lege.* Sed ex qua lege? Condictio ex lege datur tunc, quando aliquid relictum est, sed minus legitimâ, adeoque ad supplementum: ad totam verò legitimam non datur condictio, sed querela. hac ergo cessante signum est legitimam non deberi. Et ità etiam, ut refert VVadingus, decisum nuper est à Ferd. III. Imperatore laudatissimo, cùm de hoc puncto lis mota fuisset.

84. Objiciunt Adversarii (si tamen præter Menochium est aliquis adversarius) argumentum vulgare. Quod non possum facere per me ipsum, non possum facere per alium: atqui pupillus non potest per seipsum excludere matrem à legitima. ergo nec per patrem. Respondet P. VVadingus permittendo totum, & negando suppositū, nam, si res benè consideretur, filius nec per se nec per alium excludit matrem, sed Ius, quod dat auctoritatem patri faciendi testamentum pro filio. Ego breviter respondeo, majorem distinguendo: quod quis per se non potest facere, non potest facere per alium tanquam suum instrumentum sibi subordinatum, & à sua voluntate dependens, concedo, per alium cujus voluntati subordinatur voluntas illius, cujus loco fit actus, nego. voluntas ergo pupilli potest quidem dici per voluntatem patris excludere matrem, sed hoc ideo, quia voluntas pupilli est à Iure subordinata voluntati patris tanquam principali, & qui non præcisè auctoritate filii operatur, sed auctoritate propriâ, à lege data: sic posteri Adami peccaverunt in Adamo, cujus voluntati fuit voluntas posterorum alligata & subordinata à Deo.

Petes: an idem dicendum sit, si substitutio facta sit quidem pupillaris expressa, sed non nisi terminis generalibus, hoc modo. *Instituo filium meum impuberem, & quandocunque sine liberis morietur, substituo Cajum.* Ad hoc respondet optimè P. VVadingus post Bartolum, & Emanuelem A Costa, affirmativè; idque pulchrè probat ex contextu capituli, *Si pater*, citati, ubi Pontifex fundat suam decisionem in generali regula, quòd substitutiones dubiæ potiùs debeant intelligi ut rectæ sint, quàm ut obliquæ: atqui de substitutione pupillari singulariter expressa

non

non potest esse dubium, quòd sit directè intelligenda. ergo Pontifex voluit etiam substitutionem compendiosam, hoc est, verbis generalibus conceptam esse directam: ergo per hanc quoque voluit excludi matrem.

85. Major difficultas est circa substitutionem pupillarem tacitam comprehensam in vulgari expressa; an per illam excludatur mater pupilli à legitima, de qua Pontifex in cit. cap. non est locutus. In quo puncto certum est id quod tradit P. Molina n. xi. etiam in hoc casu excludi matrem, quando sunt sufficientes conjecturæ, hanc fuisse mentem testatoris, & indicatur in lege 4. illis verbis. *si voluntas parentis non refragetur*, v. g. si suam voluntatem extra testamentum manifestasset amicis, se nolle, ob odium uxoris, sua aut filii bona ad uxorem, sed ad substitutum pervenire, si filius impubes moriatur: quia verò non fuit homo doctus, non concepit substitutionem satis expressè pupillarem.

Iidem auctores putant, idem esse dicendum, si substitutus est unus ex descendentibus testatoris, eum esse matri præferendum ex intentione testatoris, qui præsumitur sobolem suam matri præferre voluisse. arg. textûs in lege *cùm avus ff. de condit. & demonstrat.* & in lege *cùm acutissimi. C. de fideicom.* & *in L. generaliter §. cùm autem.C. de instit. & substit.* P. Molina putat, posse satis idem dici, si substitutus esset frater testatoris, vel aliquis ex ascendentibus.

Quando verò cessant hujusmodi præsumptiones, tunc communis est sententia, matrem non excludi à legitima per substitutum; an ea sit verior, posteà videbimus.

86. Dissensio etiam aliqua est, si substituta sit Causa pia. Et Ant. Gomez aliique plerique sine distinctione affirmant, per eam matrem excludi; & Jason dicit, huic sententiæ vix ullos contradicere. Aliqui tamen limitant, quòd mater quidem excludatur, quando pia causa substituitur pro restitutione malè ablatorum, vel ex simili causa ad exonerationem animæ defuncti; secùs verò, non excludatur. Ità Covarruvias in *c. Raynutius* §. 4. & alii.

Hanc Juristarum limitationem acerbâ censurâ notat P. VVadingus, dicens, eam esse omnino improbabilem, & Juristas plurimos tam Canonistas, quàm Legistas in hoc substituendi modo graviter errasse. Ego censuram hanc nimiam existimo, & ostendam, hanc limitationem recipere bonum & utilem intellectum, satisfaciendo fundamento VVadingi.

87. Fundamentum VVadingi est hoc. Conscientia oneratx obligatione restituendi malè ablata vel usuras, &c. non satis se exonerat per substitutionem piæ causæ. Probatur. Quia injustus detentor rei alienæ vel debitor certus, non potest differre restitutionem aut solutionem, præsertim quando dies solutionis cessit, ut est constans omnium Theologorum sententia. Sed in casu proposito solutio differtur sine causa, & imponitur sub conditione, quæ an unquam sit extitura, est valde incertum: (nempe si filius impubes decesserit:) nam faciendo pupillum hæredem universalē, relinquit illi bona injustè acquisita saltèm usque ad tempus pubertatis, & deinde in perpetuum & ipsi, & hæredibus ex tradit, si usque ad decimum quartum annum pervenerit, quem annum attingendi est spes valde probabilis: & consequenter illum quodammodo liberat ab onere, ullo unquam tempore restituendi. hoc autem non est testatorem exonerare suam conscientiam, sed novo peccato mortali onerare, & mori in voluntate nunquam restituendi, nisi sub conditione valde incerta, & simul onerare conscientiam filii, liberando illum ab obligatione statim restituendi, quod nullo modo potuit facere. tenebatur ergo absolutè illi præcipere restitutionem, aut certis personis si illas novit, aut quando non novit, legare pauperibus tantùm, aut fideicommisso, statim restituendo pauperibus demptâ suâ legitimâ eum gravare, aut alio aliquo modo curare, ut statim Domini malè ablatorum res suas consequantur. Ità VVadingus.

88. Quæ argumentatio efficax utique est contra illos (si qui tales idiotæ fuerunt) qui putabant posse exonerari conscientiam ab obligatione certa restituendi damna injustè data per hujusmodi substitutionem pupillarem. Ego tamen existimo, Covarruviam, Carolum Molineum, Alexandrum & alios in hac ignorantia non fuisse, sed locutos esse de eo, qui ex abundanti (instar Zachæi) quamvis certum hujusmodi debitum nullum sciret, ut scrupulis tamen, & quibuscunque suspicionibus aut remorsibus occurreret, ad animæ suæ solarium hujusmodi substitutionem faceret. Præsertim cùm quis possit, ex probabili sententia, quam in a. tr. tomi 1. defendi, sæpiùs pro eodem debito, absque obligatione satisfacere. De tali substitutione non procedit argumentatio VVadingi: ergo lneum habere posset limitatio Juristarum, quantùm est ex hoc capite.

Cæterùm, absolutè loquendo & sine limitatione verius est, per quamcunque causam piam, si profectum spiritualem appareat intendisse testatorem, substitutam tacitè pupillari substitutione, excludi matrem, ut idem VVadingus cum communi docet. Ratio est, quia meritò præsumitur in testatore voluntas præferendi bonum animæ suæ suæ nxori, quam omni iure potuit excludere, ut suprà probatum est. Hoc tamen iterum communis sententia limitat: si uxorem suam pupilli matrem instituat, & cohæredem faciat filii, tunc causa pia tacitè solùm pupillariter substituta excluditur, & admittitur mater, ut habe-

 tur

tur *L. fin. C. de Inſtit. & Subſtit.* quam noo repeto, quia jam ſoprà bis retuli.

89. Veniamus ounc ad præcipoam difficultatem, quando ſcilicet non cauſa pia, nec perſona valde conjuncta, ſed extraneus eſt tacitè ſubſtitotus, an talis matrem excludat pupilli. DICO: *Matrem pupilli.* Nam alia quæſtio eſt de Matre ipſius teſtatoris, de qua poſtea.

Conveniuot verò DD. communiter, qoòd quando ſubſtitutio eſt expreſſa pupillaris, & vulgaris tacita, quòd, inquam per vulgarem tacitam mater excludatur à ſubſtituto. Ratio eſt manifeſta. Tacita volgaris nihil operatur, niſi quando filius non eſt hæres, ut cùm moritur ante patrem teſtatorem, vel repudiat hæreditatem: ergo cùm per talem vulgarem tacitam non ſuccedatur pupillo, ſed teſtatori, ex cujus bonis nihil debetur uxori, cooſequenter ſubſtitutus eſt matri præferendus.

90. Communis etiam ſenteotia docet præferendam eſſe matrem teſtatoris ſubſtituto extraoeo. Huic communi ſenteotiæ non immeritò ſe opponit VVadingus, & putat eſſe majorem rationem pro ſubſtituto. quia noo tenetur teſtator, exſtantibus ſuis liberis, relinquere matri legitimam, & poteſt velle, ut extraneus ſimul eum liberis ſibi ſoccedat: ſatis autem voluntatem illam declaravit, cùm ſciens ſe matrem habere, nihil tamen ipſi reliquit, aut, ſi quid reliquit, juſſit illo contentam eſſe. & ſanè hæc ratio mihi conveniens eſſe videtur.

Reſtat ergo tota præcipua difficultas, quando ſubſtitutio eſt vulgaris expreſſa, & pupillaris tacita, quo caſu vult cotomuoior ſenteotia, quòd mater pupilli excludat ſubſtitutum extraneum, & noo valde conjunctum, niſi, ut jam ſuprà dixi, de contraria voluntate teſtatoris conſtaret.

91. Contrariam tamen ſententiam, quòd ſubſtitutus excludat matrem, defendunt Ferdinandus Vaſq. §. 15. Emannel, Suarez *in addit. ad Gom. c. 4.* Treulerus *volum. 2. d.* 11. Tauz *in effectu 3. vulg. n.* 163. Decius, *in l. precibus. C. de impub.* Paulus Leonius, & plures alii citati à Mcnochio, quos ſequitur P. VVadingus, dub. 9. n. 4. & Hunnius in *Treutl. q.* 53. qui ultimus magìs expreſſè defendit q. 54. Matrem etiam qooad legitimam excludi.

Vtraque ſeotentia ab aoctoritate ſufficientem habet probabilitatem, ut in cooſcientia poſſit ſecurè practicari. Theoricè tamen poſterior probabilior videtur. Probat Concluſionem Hunnius ex lege Scævola *76. ff. ad. S. C. Trebell.* quam ſuprà retuli. ex qua ſic argumentator. Mater præfertur ſubſtituto, quia ſubſtitutio facta erat directa in Codicillo: atqui ſubſtitutio directa in Codicillo fieri non poteſt, & ideo illa ſubſtitutio reprobatur, & mater admittitur: ergo ſi ſubſtitutio facta eſſet in teſtamento, ſubſtituto mater non præferretur.

92. Hoc argumentum mihi oon videtur efficax, nam oon conſtat legem loqui de ſubſtitutione vulgari expreſſa, ſed potiùs videtur loqui de ſubſtitutione pupillari expreſſa, ſaltèm generalibos terminis concepta, dicit enim, quòd pater filio impuberi ſubſtituerit: quæ eſt ſubſtitutio pupillaris expreſſa, oam per vulgarem deberet dici ſibi ſubſtituiſſe. Deinde reſponderent adverſarii, ſubſtitutionem reprobari ex fundamento certo & indubitabili, quòd Codicillis hæreditas nec dari nec adimi poſſit: ex quo non poteſt legitimè inferri, quòd deficiente hoc fundamento ſubſtitutio approbaretur, poſſet enim tuoc ex fundamento minùs certo, ſed tameo etiam probabili (qualia ſeotentia contraria putat noo deeſſe) reprobari.

93. Concluſio itaque oon poteſt aliter aut meliùs probari, quàm oſtendendo, quòd io tali caſu præſumptio de Volootate Teſtatoris ſtet potiùs pro ſubſtituto, quàm pro matre. Hoc autem non difficulter probatur. Nam licèt Teſtator oſus ſit illis terminis, quibus ſibi potiùs, quàm filio hæredem inſtituere videatur, dum ſcripſit: *Si filius mihi hæres non fuerit, eſto Cajus*: quia tamen in hac ipſa ſubſtitutione magìs dilexit Cajum, quàm oxorem, præſumitur, quòd ſi cogitâſſet de poteſtate ſubſtituendi pupillariter filio, & excludendi matrem, etiam ſubſtitutum uxori prætuliſſet: ubi locum habet regula, quòd Tacitum & Expreſſum eandem vim habeant, quando contrarium noo eſt legibus cautum. Coofirmabuotur hæc magìs objectionum ſolutione.

94. Objicitur ergo 1. Iure ſtatutum eſt, matri deberi legitimam à filio liberis carente, imò ſi ioteſtatus decedat, totam hæreditatem, ut in ſuperioribus probatum eſt: ergo non debet his privari ſine expreſſa Iuris auctoritate: atqui nulla habetur Iuris auctoritas expreſſa pro caſu de quo diſputamus. Ergo, &c. ℞. Ex eo quòd Ius dederit patri poteſtatem privandi matrem etiam legitimâ per ſubſtitutionem pupillarem expreſſam, & declaraverit matrem excludi, niſi de contraria voluntate conſtet, neque jus faciat unquam diſtinctionem inter tacitam & expreſſam ſubſtitutionem, niſi in eo caſu, quo mater data eſt cohæres, ut ſup. vidimus, hinc habemus ex ipſo Iure fundamentum favendi potiùs ſubſtituto, imò Patri, tuendi ejus præſumptam voluntatem, qoàm matri.

Dices. Cur ergo in *l. fin. C. de hæredib. inſt.* ubi mater cohæres data præfertur ſubſtituto, contrarium præſumitor? Reſpondeo, rationem aſſignati ab ipſo Imperatore, quòd nempe, cùm teſtator ſuæ ſubſtantiæ partem uxori reliquerit, moltò magìs luctuoſam filii hæreditatem ad eandem ſpectare voluerit: ergo ſi nihil matri reliquiſſet, non eſſe ſundameotum præſumendi pro matre, ſed pro ſubſtituto.

96. Ob-

95. Objicitur 2. & difficiliùs ex lege 8. *C. de impub. & aliis subst.* ubi cùm miles filio impuberi verbis vulgaribus substituisset, impubes autem hæres extitit, sed deinde in pupillari ætate decessit, adjudicatur hæreditas matri, & non substituto. Ad hanc legem Hunnius respondet, in testamento militis id solùm attendi quod expressè scriptum est, nec in testamento militis attendi subtiles legum interpretationes. Hæc responsio mihi non sufficit: non enim quæritur hîc de subtili legum interpretatione, sed de præsumptione voluntatis: neque apparet, quare aliter debeat præsumi de Voluntate pagani, & de voluntate militis in pari casu: cur enim præsumatur miles magìs amare suam uxorem quàm paganus?

96. Verùm si lex attentè introspiciatur, apparebit, Imperatorem non respondisse absolutè pro uxore, sed conditionatè, nempe si ex conjecturis constare posset, quòd miles voluerit *tantùm* in primum casum: *si hæres non fuerit filius*: & non in secundum casum: *si impubes decesserit*: substituere. & sic caret res omni difficultate. Verba legis hæc sunt. *Precibus tuis NB. manifestiùs exprimere debueras.* (ecce! desideratur clarior propositio.) [Maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto hæredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum hæredem (*id est substitutum*) scripsisse, utrumne in primum casum (*ecce hoc erat meliùs uxori declarandum*) an in secundum filio suo quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suæ ætatis annum, aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti juris, quòd NB. (*ecce conditionalem*) siquidem in patris militis positus potestate primo tantùm casu habuit substitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo ejus pertineat successio. Si verò substitutio in secundum casum vel expressa, vel compendio non usque ad certam ætatem facta reperiatur: si quidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituit, & adjerint hæreditatem.]

97. Objicitur 3. *lex 45. ff. h. t.* ubi etiam mater præfertur substituto. ℞. Imò hæc lex potiùs pro nostra sententia facere videtur, nam ideo præfertur mater substituto, quia, ut ibi dicitur, filio naturali non poterat pupillariter substitui: ergo nec filio legitimo erat pupillariter substitutum: ergo nisi filius naturalis fuisset datus cohæres filio legitimo, poterat præsumi facta substitutio tacita pupillaris. Lex ità habet. [Lucius Titius legitimum filium, & alterum naturalem hæredes instituit, eósque invicem substituit. Titius legitimus filius, quem pater anniculum reliquit, post patris mortem impubes decessit, superstite matre & fratre naturali, quem etiam cohæredem habebat: quæro an hæreditas ejus ad Titium naturalem fratrem ex causa substitutionis pertineat, an ad matrem? Respondi, ad primum casum non existentium hæredum (*ecce! vulgarem substitutionem tantùm!*) substitutionem de qua quæritur, pertinere, non ad sequentem, si quis eorum postea decessisset intra pubertatem. *Cur hoc?* cùm in naturalis filii persona duplex substitutio locum habere non poterit. & ideo ad matrem legitimi filii hæreditas ab intestato pertinet.] Ex quibus verbis infero. Ergo si substitutio pupillaris potuisset habere locum in altero filio substituto, mater excluderetur, quia cessante causa cessat effectus. Item infero. ergo ideo naturalis filius non fuit pupillariter substitutus legitimo, quia legitimus non poterat pupillariter substitui naturali: fuerunt autem invicem æqualiter substituti. Ergo hæc lex potiùs pro nobis facit. Et confirmatur ex *lege 4. C. de impuberum subst.* ibi. *Manifestum est in eum casum factam substitutionem* (filio & matri simul) *quo utrique hæredi substitui potuit.* Itaque, quando fit substitutio duobus hæredibus, quorum unus incapax est substitutionis pupillaris, tunc in tali substitutione non continetur tacita pupillaris, ut jam suprà notavi. Et hæc de hac quæstione theoricè dicta sunto. Cæterùm prudens Iudex contrariam sententiam in Tribunalibus magìs receptam ità præ oculis habebit, ut diligenter inquirat in conjecturas quæ vel contra, vel pro uxore facere possunt.

§. IV.

Quando exspiret Pupillaris substitutio.

98. Plures casus recenset Bartolus, quorum tamen plerique non sunt consideratione digni, & per se facilè intelliguntur. v. g. si pater deportetur, & patiatur maximam capitis diminutionem. 2. Si pater fecit novum testamentum. tunc enim utique prius concidit, unà cum tabulis pupillaribus. 3. Si is cui substitutum est, fiat pubes. 4. Si filius impubes, cui est testamentum factum, adoptetur vel arrogetur: quæ etsi sit minima capitis diminutio, tollit tamen substitutionem pupillarem, nisi is qui substitutus est stipulatus sit, salvam sibi esse substitutionem. 5. Si substitutus ante pupillum è vita discedat. 6. Si filius evadat sui juris, vivente testatore. Et hæc sunt plana ex hactenus dictis.

99. Controversum est, an adveniente pubertate exspiret unà cum substitutione pupillari etiam tacita vulgaris comprehensa in expressa pupillari. Affirmârunt aliqui *post Bartol. in l. 1. col. ult.* & fuit aliquando communis opinio. Sed nunc communior sententia negat eam exspirare, quam ad longum propugnat Covarruvias in cap. Raynutius §. 5. n. 5. à v. Cæterum. Probatur autem ex præsumpta voluntate testatoris. Cùm enim testator, casu quo sibi filius

hæres

hæres esset, & impubes decederet, voluerit tam sua quam pupilli bona ad substitutum pertinere, rectè præsumitur, quòd si illi statuendum fuisset pro casu quo pupillus hæres non esset, voluisset, quòd saltèm sua bona deferrentur ad substitutum, quem omnibus prætulit, filio excepto. Itaque si filius moreretur post pubertatem hæreditate paternâ repudiatâ, vel etiam intra pubertatem eâ repudiatâ, succederet testatori substitutus vi tacitæ vulgaris in expressa pupillari comprehensæ.

100. Pro hac sententia acutè prorsus argumentatur Salycetus hoc modo. Vel restrictio ætatis pupillaris non restringit vulgarem, vel eam restringit. Si primum, habemus intentum, quòd non extinguatur vulgaris tacita, quando exspirat pupillaris expressa. Si secundum, tunc restringet negativè in hunc sensum: *Si hæres non erit intra tempus pubertatis*. Ergo lapso eo tempore substitutus, quocunque tempore & ætate obierit filius, & non fuerit hæres, admittendus est, quia jam verificatur conditio, quòd institutus non fuerit hæres intra pupillarem ætatem. Quod si Salycero respondeas, vulgarem restringi non negativè quoad repudiationem hæreditatis, sed quoad mortem pupilli; hoc sensu: *Si hæres non erit, & intra pupillarem ætatem decesserit*: Replicat Covarruvias, hanc restrictionem esse impropriam, & extraneam à vulgari substitutione, cujus propria conditio & natura est: *Institutum non esse hæredem*: nec ad ejus obitum unquam refertur substitutio vulgaris: hoc enim pertinet ad pupillarem, vel ad fideicommissariam substitutionem.

101. Confirmatur ex eodem Salyceto. Nam ex mente testatoris illa clausula: *Si intra pupillarem ætatem decesserit*: pertinet solummodo ad hæreditatem pupilli, ad quam obtinendam est ejus mors necessaria, & sic pertinet ad solã substitutionem pupillarẽ, non autem pertinet propriè ad vulgarẽ, cujus propria conditio est: *Institutum non esse hæredem*. Atqui eadem ratio militat, sive nolit esse hæres post pubertatem, sive ante pubertatem, cùm in utroque tempore sit eadem ratio substituendi: ergo, nisi contrarium evidenter scriptum sit à testatore, præsumendum est, voluisse sibi hæredem substituere, quocunque tempore substitutus noluerit esse hæres. Ad hoc confirmandum Hunnius n. 3. *subtiliter*, ut ait, considerat, quòd quocunque tempore filius repudiet hæreditatem, vel se abstineat, actus repudiationis vel abstensionis retrotrahatur ad tempus mortis testatoris. ut in lege. *Hæres quoque. ff. de acquir. hæred.* & in lege. *Omnis hæreditas. ff. de R. J. Omnis hæreditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur.* Ergo semper videtur facta repudiatio, vel abstensio infra tempus ætatis pupillaris.

102. Objiciunt adversarii. Vitiato expresso vitiatur tacitum in eo contentum. *l. 3. §. fin. ff. de servit. præd. rust.* ergo quando exspirat expressa pupillaris, exspirat etiam tacita vulgaris in ea comprehensa. Debebant adversarii animadvertere, totum argumentum sibi solvendum esse. Fatentur enim ipsi, & omnes, quòd econverso quando per aditionem hæreditatis factam à filio impubere, cui substitutus est alius substitutione vulgari expressâ, continente pupillarem tacitam, exspiret expressa vulgaris, sed non exspiret tacita pupillaris: adeo ut si filius postea decedat intra pupillaria, substitutus illi succedat: ergo fatendum est adversariis, aliquando posse vitiari expressum, quin vitietur tacitum. Vnde potiùs sumi potest argumentum pro nostra conclusione, & adversariis esset assignanda ratio disparitatis, cur vitiatâ substitutione vulgari expressâ, non vitietur hoc ipso pupillaris tacita, & tamen (ut ipsi volunt & nos negamus) vitiatâ pupillari expressâ per mortem pupilli ante testatorem, vel per adeptionem pubertatis, vitietur vulgaris tacita?

103. Respondetur directè, tunc vitiato expresso vitiari tacitum, quando tacitum purè innititur & fulcitur expresso, non item quando ex legis dispositione est æquè principale ac est ipsum expressum, prout contingit in casu nostro.

Pro Coronide breviter aliquid dicendum est, de quadam formula substituendi pupillariter, de qua nimis operosè disputat Duarenus, & est hæc: *Quisquis mihi hæres fuerit, sit & filio meo impuberi hæres.* Quæritur ergo quid efficaciæ habeat? Respondet Zasius, hæc verba habere hanc vim, ut non alii intelligantur substituti, quàm qui scripti sunt in testamento. Unde si extraneus aliquis filiusfam. vel servus institueretur cum aliis hæredibus (quo casu patri vel Domino acquireretur hæreditas) pater & Dominus non admitterentur ad bona pupilli decedentis intra pupillaria, quia non sunt scripti in testamento, sed succedunt juris potestate, non testatoris voluntate; sicut nec hæres hæredis veniret ad bona pupilli, quia substitutio non transmittitur ad hæredes. Secundò operantur hæc verba, quòd easdem partes in substitutione accipient substituti in bonis pupillaribus, quas vi institutionis acceperunt in bonis testatoris.

Quodsi paganus ultra tempus pubertatis substitueret, valeret substitutio solùm usque ad annos pubertatis. Quodsi intra minorem ætatem, v. g. ad decimum annum usque substituat, elapso eo tempore evanescit substitutio. *l. 21. & 43. ff. h. t.* Et in his nihil est difficultatis. De Militari privilegio dicam infrà.

CON-

CONTROVERSIA V.

De Subſtitutione Exemplari.

SUMMARIUM.

104. SUbſtitutio Exemplaris, hoc eſt, ad exemplum Pupillaris introducta (unde & *quaſi pupillaris* dicitur) eſt ſubſtitutio ſimplex & directa, quâ pater aut mater, aut alius ex aſcendentibus, liberis furioſis, mente captis, hæredes ſubſtituunt, de qua exſtat elegans Conſtitutio in lege 9. *C. de Impub. ſubſt.* ad quam etiam ſe refert Imperator in §. 1. *Inſt. de pup. ſubſtit.* Sic ea habet. [Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut ſi filium, nepotem, vel pronepotem cujuſcunque ſexûs habeant, nec alia proles deſcendentium eis ſit, iſte tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis, mente captus vel mente capta perpetuò ſit, vel ſi duo vel plures iſti fuerint, nullus verò eorum ſapiat, liceat iisdem parentibus legitimâ portione ei vel eis relictâ, quos voluerint, his ſubſtituere, ut occaſione hujusmodi ſubſtitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra teſtamentum eorum oriatur: ità tamen, ut ſi poſtea reſipuerit vel reſipuerint, talis ſubſtitutio ceſſet. Vel ſi filia aut alii deſcendentes ex hujusmodi mente capta perſona ſapientes ſint; non liceat parenti, qui, vel quæ teſtatur, alios quàm ex eo deſcendentes, unum vel certos vel omnes ſubſtituere. Sin verò etiam liberi teſtatori vel teſtatrici ſint ſapientes, ex his verò perſonis, quæ mente captæ ſunt, nullus deſcendat, ad fratres eorum unum, vel certos, vel omnes eandem fieri ſubſtitutionem oportet.

105. Hanc ſubſtitutionem conſentaneè ad relatam conſtitutionem definit P. Molina d. 182. [Subſtitutio Exemplaris eſt directa ſubſtitutio ac ſimplex, quâ ad exemplum pupillaris, pater aut mater, cæterique aſcendentes ſecundùm ſui gradûs prærogativam liberis mente captis (aut ſimili morbo teſtari prohibitis) *hæredem inſtituunt.*] illa verba: *aut ſimili morbo, &c.* Addit Molina ex probabili ſententia, quòd etiam Surdis & Mutis, &c. poſſit exemplariter ſubſtitui: an autem illa ſententia ſubſiſtat, poſtea videbimus, & eâ non ſubſiſtente, verba illa ſunt à definitione removenda.

QUÆRITUR ergo 1. An non ſolùm amentibus (de quibus ſolis loquitur conſtitutio) ſed etiam iis qui ſurdi & muti ſunt, & neſciunt ſcribere, item prodigis, exemplariter ſubſtitui poſſit. Affirmat communis ſententia, quam tenent etiam Gomez *c. 6. n. 3.* Covar. §. *6. n. 1.* Lopez & alii, quos ſequitur P. Molina *d. 185. n. 1.* VVadingus *dub.* 11. *n.* 4. Duarenus c. 19. Zaſius *n.* 3. Lancell. Politus *n.* 4. *&* 10. Graſſus *q.* 44. *n.* 4. Gilkenius *n.* 15. *C. de impub. ſubſt.* Quoad prodigos conſentit Harpprecht.

Imprimis DD. ferè conveniunt, quòd furioſis poſſit fieri hujusmodi ſubſtitutio. Ratio eſt, quia furioſus rectè dicitur mente captus. *L.* 14. *ff. de off. præſ.* Nec refert, quòd alioquin in Iure ſubtiliter diſtinguantur furioſi à mente captis. Nam in præſenti quæſtione videtur allata conſtitutio ex mente Legislatoris extendenda ad furioſos, quia furor videtur eſſe plus, quàm mente captum eſſe, adeo ut omnis furioſus ſit etiam mente captus, licèt non econtra.

106. De Prodigis autem id negat Hunnius, & Antonius Perez, & multò plures id etiam negant de Surdis & Mutis ſimul, non valentibus ſcribere. Et theoricè loquendo, ac Juris apicibus inſiſtendo, videtur negandum. Non eſt enim credibile, quòd Imperator omiſiſſet, ſi ad hos extendi voluiſſet privilegium contra Ius commune introductum, cujusmodi privilegia ſunt ſtrictæ interpretationis, nec ob identitatem rationis licet ea extendere ad caſus non expreſſos, ut dictum eſt in *Tract. de Legib.* Accedit, quòd olim Mutis, & Surdis non potuerit ſubſtitui, niſi hoc à Principe ſpecialiter impetraretur, ut aſſerit Hunnius (nullo tamen adducto jure) ergo quamdiu non legitur mutatum, cur ſtare prohibeatur? Et ſanè ſi res attentè conſideretur, non eſt eadem ratio pro his quæ eſt pro mente captis. Vitium enim Prodigalitatis non eſt vitium naturæ, ſed voluntatis, & emendabile ab ipſo prodigo, & in pœnam illius redditur inteſtabilis. Muti & Surdi etiam non ſunt ſimpliciter & abſolutè inteſtabiles, ut patet ex alibi dictis, & ex lege *diſcretis* 10. *C. qui teſt. fac.* Sanè qui à natura tales ſunt, vix videntur à mente captis differre, & ideo de talibus faciliùs concedi poteſt.

107. QUÆ-

107. QUÆRITUR 2. Cùm tam pater, quàm mater divisim substituere possint, si contingat tam patrem, quàm matrem in suo testamento substituere filio exemplariter, utra substitutio valeat, & quidem non valere utramque, sed unam tantùm, certum videri posset ex eo principio, quòd nemo cum duobus testamentis decedere possit, quod tamen in casu quæstionis contingeret, si utrumque testamentum valeret. Nihilominus Bartolus *in l. 43. ff. h. t.* tenet, quòd concurrentibus matris, & patris testamentis, & substitutionibus exemplaribus, ambo substituti succederent hoc modo: ut substitutus à patre succederet in bona paterna, substitutus à matre in bona materna: adventitia verò bona aliunde quæsita, dividenda essent inter ambos substitutos. Bartolum sequitur Ant. Gomez *c. 6. n. 13.* & P. Molina, sicut ferè semper *disp. 185.* qui licèt præter auctoritatem Bartoli, & Gomez, nullo argumento hoc probet, non desunt tamen speciosæ rationes, quæ hanc sententiam probabilem reddant: præsertim verò suam sententiam probat Gomez argumento textûs *in Auth. Itaque communia de success.* junctâ glossâ, & communi opinione, ubi habetur, quòd quando fratres ex uno latere veniunt ad successionem alterius fratris præmortui, fratres consanguinei præferantur in bonis habitis à patre, & ejus linea, fratres verò uterini præferuntur in bonis habitis à matre, vel ejus linea.

108. Contraria tamen sententia valde recepta est, quòd in tali concursu præferendum simpliciter sit testamentum & substitutio facta à patre. Ità tenent Paulus Leontius *n. 52. & seq.* Ferd. Vasq. *n. 39. & seqq.* Emanuel Suarez in *Gomez L. cit.* Hunnius *in Treutl. q. 57.* Ant. Perez *n. 38.* VVadingus *dub. 11.* Zasius cum suo Polito c. 3. Mynsingerus §. *quâ ratione.* Ego, ut dicam quod sentio, non invenio in argumentis vel prioris vel posterioris sententiæ magnam vim. Primæ sententiæ argumentum suprà relatum, non est efficax, quia potiùs tendit ad solvendam objectionem, ostendendo, quomodo commodè posset evitari bonorum confusio: de cætero nullo jure probat, in substitutione exemplari posse per duo testamenta fieri, quod fit in successione ab intestato.

Secundæ sententiæ Auctores etiam per diversa probationis media procedunt, quæ non convincunt. Prima probatio est ab absurdo, quòd nempe possit quis decedere cum duplici testamento. Ad hoc responderi potest, hos auctores in simile absurdum labi: debent enim fateri, quòd mente captus possit partim testatus partim intestatus decedere. Ratio est, quia pater non potest exemplariter substituere, nisi in bonis suis, non verò in bonis matris: ergo continget, ut quoad bona paterna decedat testatus, & quoad bona materna intestatus, sicut ergo suprà diximus, hoc non esse absurdum, quando hoc fit lege sic disponente, ubi per exempla probavi, ità in præsenti dici potest, posse etiam in hoc casu concedi, ut mente captus ratione diversorum bonorum discedat cum duplici testamento, sicut hoc conceditur militi.

Alii suam sententiam probant ex eo, quòd substitutio exemplaris sit introducta ad imitationem pupillaris substitutionis. Pupillaris autem substitutio non possit fieri, nisi à patre. Hoc argumentum nimium probat, nempe quòd mater nunquam posset substituere exemplariter, sicut nunquam potest pupillariter. Non est ergo similitudo in omnibus.

109. Probant alii *ex lege 4. C. de Curat. fur.* Curator datus à patre præfertur Curatori dato à matre, cùm mater non habeat administrationem bonorum filii vivente patre, nec post mortem, nisi fiat tutrix. Etiam hoc argumentum nimium probat, ut P. VVadingus fatetur: cùm enim mater nunquam habeat administrationem, sequeretur, quòd nunquàm posset substituere exemplariter. Hæc ergo argumenta plus non probant, quàm quòd, si alteruter substitutus esset præferendus, patris esset præferendus: sed non probant, quòd absolutè sit præferendus, & alter omnino repellendus.

Denique Ferd. Vasq. probat subtiliùs, quàm solidiùs, meo quidem judicio, ex eo, quòd in Iure non detur potestas patri & matri *conjunctim*, sed Patri, vel *Matri*, ut patet in relata Constit. & patri primo loco incumbat providere illis de hærede, & matri non nisi in defectum patris. Hoc argumentum nihil me movet. Certum enim est, in Iure multa concedi verbis disjunctivis, & tamen cumulativè: & illa particula *Vel*, sæpè habet sensum, *Sive.*

110. Omnibus consideratis magìs propendeo in sententiam Bartoli, & movet me ratio ab aliis non soluta nec allata. Matri est data potestas etiam vivo patre substituendi exemplariter filio amenti; nec ullibi requiritur, ut mater priùs consulat patrem, velitne ipse substituere necne, ne ipsa faciat actum otiosum, & actum agat. Vlteriùs nemo dixerit, matrem posse substituere filio in bonis paternis; unde consequens est, quòd neque patri sit data potestas substituendi vivâ matre in bonis maternis, ut ex adversariis tanquam indubitatum supponit VVadingus. Subsumo. Atqui humanitatis fuit, ut Imperator non tantùm provideret filio, eò usque, ut quoad alterutrius ascendentis bona solummodo ei substitueretur, sed potiùs, ut posset quoad omnia bona habere hæredem. ergo magìs est ad mentem Imperatoris, posse utrumque parentem cumulativè substituere.

111. QUÆRITUR 3. An deficientibus descendentibus, & fratribus furiosi, seu amentis (nam hi si existant, jubentur institui eo modo quo Constitutio relata præscribit) exi-

existente verò matre debeat mater substitui præ aliis conjunctis aut extraneis. P. Molina iterum subscribit Gomezio affirmanti, contra Bartolum negantem. Probat hoc modo. Jura privilegium excludendi matrem in sola pupillari substitutione concesserunt patri: & quia Constitutio jubet fratres præferri cæteris extraneis, utique per Epichejam censenda est statuisse, matrem non solùm in legitima illi debita, sed etiam in omnibus filii bonis præferri longè cum majori ratione debere tùm cæteris extraneis, tum etiam fratribus defunctis alioquin profectò lex non esset æqua, neque prudentibus legislatoribus digna. Ità Molina. Qui discursus mihi nullo modo placet: arguit enim Imperatorem magnæ socordiæ, quòd expressè constituerit fratres amentis esse substituendos, nullam faciendo mentionem matris, si voluisset, matrem præ fratribus esse substituendam; cùm constet, non esse oblitum matris in successione ab intestato, in relinquenda legitima, & aliis occasionibus. Et miror, quomodo dicat P. Molina talem legem fore iniquam, & tamen statim subjungat, in Regno Lusitaniæ, sententiam Bartoli esse observandam? Nec facilè ostendet P. Molina disparitatem, cur non sit lex iniqua, concedens exclusionem matris in substitutione pupillari.

112. SENTIO itaque cum communiore sententia Bartoli, quam sequitur Covarruvias §. 6. cit. & VVadingus, ne quidem legitimam deberi matri in substitutione facta à patre, nedum quòd debeat necessariò institui. hoc ipso, quia Imperator hoc non jubet, & quia Exemplaris substitutio imitatur Pupillarem, illis exceptis, in quibus Iura inducunt diversitatem.

Objicit ulteriùs Molina. in sententia Bartoli, dicendum pari ratione esset, quòd quando mater exemplariter substitueret filio, posset excludere patrem illius à portione legitima in bonis filii ex ipsa matre profectis, & patri esse præferendos proprios filios, fratres amentis cui fieret substitutio, quæ sanè valde absurda sunt. Sed quare sint absurda, quæ Bartolus & ejus sequaces, in terminis verò VVadingus, libenter admittunt, non ostendit Molina, & tam facilè negatur esse absurda, quàm facilè asseritur à Molina.

Quare autem fratribus voluerit Imperator præ parentibus favere, ratio non deest. Nam fratres diutiùs plerumque ferre debent molestias amentis, quia plerumque supervivunt post parentes, & sicut ad ipsos pertinet tutela amentis, quæ potest esse admodum diuturna, ut ad eam allicerentur, expediebat imponi parentibus necessitatem eos substituendi.

Illud non ægrè concedam Gomezio & Molinæ: si filius cui substituitur, habeat fratres non ex utroque latere conjunctos, nec patrem teneri substituere uterinos, nec matrem consanguineos, si extent utriusque sortis fratres, & nolint omnes substituere, sed patrem teneri consanguineos, hoc est, suos proprios, & matrem etiam suos proprios substituere. si tamen non nisi unius sortis existant, hos esse à quocunque parente instituendos.

113. QUÆRITUR 4. An solis puberibus amentibus possit exemplariter substitui, vel an etiam impuberibus amentibus. Ratio dubitandi esse posset. quia pro impuberibus inventa est substitutio pupillaris, & solùm ad imitationem pupillaris est inventa exemplaris pro illis qui pubertatem attigerunt: ergo cùm pro impuberibus extet remedium ordinarium, non est recurrendum ad extraordinarium. & ità sentiunt Gomez, Grassus, Zasius, & alii. Nihilominus respondetur, etiam impuberibus posse exemplariter substitui. Colligitur ex illis verbis constitutionis: *Etiamsi puberes sint*, quasi diceret Imperator: se eam etiam ad puberes extendere. Ratio ulterior est, quia specialem habet utilitatem, posse etiam impuberibus exemplariter substitui: nam substitutio exemplaris diutius durat, & etiam mater potest sic substituere, quod utique est filio etiam impuberi utilius. & ità tenent plures quos refert & sequitur Harpprecht *n. 19*.

Ad rationem dubitandi facilis est responsio, negando suppositum. Patet enim non esse remedium extraordinarium, etiam respectu Impuberum amentium, quia habet speciales utilitates ultra substitutionem pupillarem.

114. QUÆRITUR 5. An possit exhæredato substitui exemplariter, est autem quæstio de exhæredato legitimè. In utramq; partem tam multi gravésq; sunt Auctores, ut non facilè unam alterâ communiorem dixerim. Magis arridet sententia affirmativa, quamvis aliquando negativam amplexus sim. Probatur argumento superiùs in simili adducto. Exemplaris substitutio imitatur pupillarem in iis omnibus, in quibus non constituitur diversitatis ratio: sed exhæredato potest pupillariter substitui: ergo mente capto exhæredato etiam potest substitui.

Dices. in allata Constitutione assignari diversitatem, dum requiritur, ut illi, cui substituitur, legitima relinquatur. Respondeo, verba sic habere: *liceat iisdem parentibus, legitimâ portione relictâ*, &c. Quæ verba plenum sensum habent si ea accipiamus de illis, quibus legitima debetur, quales non sunt, qui legitimè exhæredantur. Porrò, cùm potestas substituendi exemplariter sit respectu filii beneficium, cur non liceat illud filio exhibere, tametsi justè exhæredato? Colligitur hoc satis efficaciter ex sequentibus verbis Constitutionis: *Ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum oriatur*. Atqui si exhæredatio justè fiat, nullus est querelæ locus: ergo Imperator loquitur de legitima relinquenda illis, qui

 justè

justè exhæredati non possuot. Et ità sentiunt post alios Covarruvias §. 6. *cit. n.* 2. Duarenus c. 20. Harpprecht, Ferd. Vasq. & alii apud hoa citati.

115. Ex ijsdem fundamentis sentio cum illis DD. contra alios non paucos, non posse patrem substituere Filio naturali tantùm non legitimato. quia non potest ei substituere pupillariter, & quia lea mentionem facit legitimæ relinquendæ, insinuat, se loqui de legitimis, quibus est relinquenda nisi exhæredentur. Et quamvis videri possit esse dispar ratio, eò quòd in substitutione exemplari non requiratur patria potestas, sed attendatur sola affectio, quæ in patre eadem est erga naturalem quæ est erga legitimum, non licet tamen privilegium quo Ius commune vulneratur, extendere ultrà verba, & casus lege comprehensos. Prætetquam quòd hinc sequeretur, etiam ex damnato coïtu natis posse substitui ob parem affectionem: quodsi negas esse parem affectionem, negabo & ego, esse parem affectionem erga purè naturales, & legitimos.

116. Aliud argumentum quo utuntur adversarii, levius est. Potest, inquiunt, pater filio suo naturali dare tutorem confirmandum à Iudice: Ergo etiam exemplariter substituere. Miror quòd non inferant, posse pupillariter quoque substituere. Negatur ergo consequentia, quia plus est facere alicui testamentum, quàm dare tutorem confirmandum.

117. QUÆRITUR 6. Ponamus mente captum habere plures descendentes, an possit pater ex illis unum substituere, cæteris omnino præteritis, ità ut ne quidem illis legitima ex bonis paternis assignetur, nec possint movere querelam inofficiosi. Affirmant Corasius, Fulgosius, Bartolus, Alciatus, Donellus, &, quod miror Zasius h. t. 7. Negativa tamen mihi, & æquissima & verissima videtur, nempe non posse reliquos penitùs præteriri, & præteritos posse optimo Iure impugnare substitutionem per Querelam inofficiosi. Ita post Baldum Sichardus, Corneus, Salicetus, Gilkenius, Gomez n. 6. Vasquius §. 17. n. 57.

Probatur. Quis enim credat, Imperatorem voluisse facere potestatem avo, ut nepotes ex patre mente capto satis afflictos, possit affligere magìs, privando illos legitimâ booorum paternorum, quorum jam aliquatenus Domini sunt, & quodammodo pro Dominis habentur, & quibus ipse pater non posset negare legitimam?

118. Præcipuum fundamentum adversariorum desumitur ex quibusdam verbis Constitutionis, ambiguum (fateor) sensum habentibus, dum dicit Imperator, posse parentes substituere unum, vel certos, vel omnes. Vnde videtur inferri, quòd non sint obligati substituere omnes liberos parentis mente capti, sed posse quosdam præterire, absque eo quòd locus sit querelæ; sicut suprà diximus in simili, quòd matri non competat querela, quia non ipse filius fecit testamentum sed pater, qui non tenebatur matri amentis, seu uxori suæ legitimam relinquere. Respondetur tameo, verba illa ambigua ità esse accipienda, & reverâ accipi sine ulla violentia posse, ut nullam iniquitatem foveant, eorúmque sensum hunc esse, quòd avus possit ex pluribus nepotibus (filiis patris amentis) unum vel plures substituere patri meote capto, si tamen cæteros liberos non prætereat, sed eos vel exhæredet, vel legitimam relinquat, conformiter ad alia Iura de liberis io legitima instituendis Nov. 115. c. 3. neque debuit Imperator hæc omnia repetere; satis iodicavit, dum dixit quòd substituens debeat illi cui substituit, legitimam relinquere. Quod additur, non esse locum querelæ, facilè solvitur in hoc casu, nam liberis præteritis testamentum est omnino nullum, & ideo non est opus querelâ. Denique instantia de matre frivola est. Quis enim nescit, descendentibus magis deberi legitimam, quàm ascendentibus, quia descendentes habentur jam pro Dominis, oon item asceodentes.

119. QUÆRITUR 7. Quando in relata Constitutione dicitur, filio amenti esse relinquendam legitimam in testamento patris exemplariter substituentis, an casu quo pater non relinqueret totam legitimam, aliquam tamen illius portionem relinqueret, tota substitutio vitiosa esset, vel potiùs an sustineatur non solùm Testamentum, sed etiam substitutio, & ad supplementum agi possit. Totam legitimam esse relinquendam, ut querela excludatur, adeoque substitutionem penitus vitiari, si tantùm portio relinquatur, tenent Hugo, Donellus in *dictam Constitut. seu legem 9 C. de impub. subst.* Joan. Faber *in* §. 1. *Inst.* Bocerus *classe 3. disp. 5. th.* 94. Hunnius *in Treutlerum disp.* 11. *vol.* 2. *q.* 60. Negativa tamen sententia mihi verissima videtur, & Probatur unicè, solvendo fundamentum adversæ partis, & est desumptum ex verbis sæpè laudatæ Constitutionis, ubi videtur pro forma substantiali præscribi, ut legitima relinquatur, unde sic argumentantur ex verbis legis: *Licet substituere legitimâ relictâ.* Hi duo Ablativi resolvendi sunt io conditionalē, ut sensus sit: *si legitima portio eis fuerit relicta.* atqui omnis conditio est implenda in forma specifica, alioquin actus est nullus: ergo, &c. Ad hoc tamen est responsio facilis, verba illa esse intelligenda in sensu accommodato ad alias leges anteriores, quibus legitimæ integræ defectus suppletur in favorem ultimarum voluntatum, ut potiùs sustineantur, quàm evertantur: quod enim à lege suppletur, non reputatur omissum: quòd autem lex suppleat defectum legitimæ, certi Iuris est, & patet ex disputatis de legitima: datur enim loco querelæ actio ad supplementum: & ideo licèt testator eam expressè non reliquerit, beneficio tamen legis

data

data intelligitur cum Iure ad supplementum petendum, quando saltèm portio est relicta.

120. Urgent adversarii. Lex generaliter concepta non solet derogare legi speciali, nisi illius nominatim faciat mentionem, ut dixi in tract. de legibus. Atqui lex *Omnimodo. C. de inoff. testam.* dans actionem ad supplementum, est generalis; & lex 9. dans facultatem substituendi exemplariter, est specialis: ergo illa huic non derogat, quatenus hæc requirit, ut integra legitima relinquatur. Ità argumentatur Hunnius. Sed debebat præ oculis habere aliam regulã, quæ de legum interpretatione vel abrogatione tradi solet, & à me loco dicto tradita est: attendendum, inquam, est, quænam lex sit posterior alterâ: & quando lex specialis est posterior lege generali, tunc quantùm fieri potest, debet ità interpretari, ut nõ corrigat legem generalem, quia omnis Correctio legis est odiosa. Atqui lex dans actionem ad supplementum est antiquior alterâ, & aliquot, licèt paucis mensibus antè lata: ergo posterior est interpretanda, ut illi cohæreat, juxta præscriptum legis 28. *ff. de legibus.* Negatur ergo, inter illas leges esse contrarietatem, & fatemur, neutram alteri derogare. Et hanc sententiam tenent longè plures post Bartolum, quos refert & sequitur Harpprecht, Treutlerus, Vasq. Pol. & alii.

121. QUÆRITUR 8. An, ut valeat substitutio exemplaris, debeat Amentia fuisse perpetua, vel an potiùs exspiret substitutio, si per intervallum amens redeat ad mentem. ℞. Amentiam debere quidem esse perpetuam, non tamen eo rigore, ut quovis intervallo substitutio enervetur. Satis enim est, esse ejusmodi, ut post intervalla lucida possit facilè redire. Quapropter non censetur substitutio evanuisse, quamdiu non est probabile, amentiam esse tacitùs sublatam: si ergo amentia post mentem aliquandiu receptam rediret, non tam reconvalesceret substitutio, quàm potiùs ab effectu colligeretur, eam nunquam evanuisse. Quod verum est, nisi tempore lucidi intervalli ipsemet testamentum fecisset.

122. QUÆRITUR 9. An Exemplaris expressa contineat etiam alias substitutiones, pupillarem & vulgarem. ℞. Aliquando continere illas terminis generalibus expressas, ut si testator dicat: *Filio meo mente capto substituo Cajum.* unde si filius moreretur ante patrem, aut rediret ad mentem, & repudiaret hæreditatem paternam, vel ab alio ejus nomine fuisset repudiata dum esset in amentia, succederet substitutus. Insuper est etiam pupillaris verbis generalibus expressa. Vnde si amens necdum pervenit ad pubertatem, & decedat, etiamsi ad mentem rediisset, succederet substitutus ex substitutione pupillari.

123. Quodsi verò substitutio Exemplaris facta esset terminis singularibus, hoc modo: *Si filius meus in amentia decesserit, substituo illi Cajum:* contineret quidem tres species substitutionum, duæ tamen nempe pupillaris & exemplaris evanescerent, si compos sui vel intra pupillarem ætatem, vel extra illam finierit vitam: quia manifestè requiritur illa conditio: *si amens decesserit.* Ità Covarr. §. 6. & P. Molina n. 11.

CONTROVERSIA VI.

De Substitutione Indirecta, seu Fideicommissaria.

SVMMARIVM.

capaci, an fideicommissum statim restituendum. 146.

An Fideicommissarius possit suum Ius alteri cedere, ut compellat hæredem ad adeundam hæreditatem. 147.

Si hæres decedat ante aditam hæreditatem, an exspiret substitutio. 148.

Quibus modis possit fideicommissum restitui. 149.

Discrimen inter restitutionem fideicommissi realem, & verbalem. 150.

Ad quem pertineant fructus percepti ab hærede gravato ex re restituenda. 151.

Relicto fideicommisso : quidquid tempore mortis gravati superent. *ad quid conservandum teneatur.* 152.

An hæres gravatus teneatur etiam partem cohæredi accrescentem restituere. 153.

An hæres gravatus teneatur resarcire quod perit in hæreditate. 154.

An debeat etiam transferre in substitutum Ius sepulchrorum. 155.

An Ius patronatus transeat etiam ad substitutum. 156.

Si quis hæredi instituto sit substitutus duplici substitutione, vulgari, & fideicommissariâ, penes quem sit electio. 158.

Si Filius gravatus bona ultra legitimam post mortem restituere Nepoti, habeat postea filios, an admittatur solus Nepos. 159.

124. ORigo hujus substitutionis fuit partim incapacitas quorundam, quominus illis aliquid directè relinqui poterat, partim verò perfidia eorum, quorum fide nitebatur ultima testatoris voluntas. Nam, ut docetur pr. Inst. h. t. omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuerunt: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant hæreditatem. & ideo fideicommissa appellata sunt: quia nullo vinculo Iuris, sed tantùm pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea D. Augustus primus semel iterumque gratiâ personarum motus, vel quia per ejus salutem quis rogatus diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur, & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantúsque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Prætor proprius crearetur qui de fideicommissis Ius diceret, quem Fideicommissarium appellabant.

125. Fideicommissaria Substitutio definitur accuratè à P. Molina *d.* 182. *n.* 12. [Est substitutio simplex, & indirecta, quâ hæres ab intestato, vel testamento institutus gravatur restituere alteri hæreditatem totam, vel quotam illius, hoc est dimidiam, tertiam, quartam, aut aliam similem hæreditatis partem.] Primaria ergo differentia hujus substitutionis à substitutionibus cæteris, quæ *directæ* dicuntur, hæc est, quòd hæres directè institutus suo jure, non alieno ministerio, seu ab alio tanquam hærede restituendam accipit hæreditatem, Fideicommissarius verò accipiat eam ab hærede Fiduciario seu gravato. Unde si nemo sit, qui adire velit talem hæreditatem seu fideicommissum, evanescit, regulariter, fideicommissum, neque fideicommissarius habet jus absolutum, antequam hæreditas adeatur: potest tamen hæredem de ea adeunda monere, & quandoque etiam cogere, ut dicetur. Supponitur ergo semper aliquis esse hæres directus.

Hinc ulteriùs deducitur, quòd si hæres directus & fideicommisso gravatus moriatur ante testatorem, corruat fideicommissum, & hæreditas devolvatur ad hæredes ab intestato. Si verò fideicommissarius moriatur ante hæredem gravatum, & non sint alii in ulteriore gradu substituti, exspirat fideicommissum. nisi illud transmittat. Quodsi in ulteriore gradu facta sit substitutio, v. g. si Cajus primo loco, Titius secundo loco sit substitutus, tunc moriente Cajo ante hæredem gravatum, Titio est fideicommissum restituendum.

126. Primus itaque & proximè substitutus semper accipit hæreditatem seu fideicommissum ab hærede gravato, quamvis non propterea dicatur succedere hæredi, sed testatori mediante officio hæredis. Quodsi fideicommissum relinquatur familiæ, in qua sibi per varios gradus succedunt, ut fit in Majoratu, tunc equidem primus substitutus per fideicommissum accipit fideicommissum ab hærede, cæteri verò deinceps qui post primum vocati sunt, non accipiunt ab immediatè præcedente, sed à primo testatore, vel Institutore fideicommissi, accipiunt, inquam, propriâ authoritate, nec habent opus præcedentis ministerio, & ideo statim mortuo fideicommissario præcedente sequens per se hæreditatem adit, & instat proprii hæredis, non fideicommissarii. Unde etiam in tali casu solus primus hæres detrahit quartam Trebellianicam, sed cæteri, v. g. primus substitutus respectu sequentis nihil detrahit, ut post Baldum habet communis sententia, & praxis.

127. Dixi superiùs. Regulariter requiri ut adeatur hæreditas. Excipitur enim Causa pia, quæ substituta admittitur ad fideicommissum vel legatum, etiamsi nemo adiverit hæreditatem, ut, innumeris relatis, tradit Tiraquellus *privil. causæ piæ.* 32. *&* 66. Sed hæc exceptio patitur difficultatem: nam & libertas annumeratur inter causas pias, & tamen non capitur ex fideicommisso, nisi aditâ hæreditate. Sed fortè causa pia est strictiùs accipienda, quæ immediatè ad animæ bonum spirituale spectat. Quapropter Covarruvias in *cap. Rainaldus* §. 3. *n.* 11. affert varios casus, in quibus examinat hanc ex-

ceptio

ceptionem, ſed in omnibus illis ſolâ authoritate quorundam DD. movetur, ac tandem accedit ad ſententiam communem, dicens, Bartolo viros undequaque doctos ſubſcripſiſſe, & arbitrari eſſe nimiam ſubtilitatem, requirere aditionem reſpectu cauſæ piæ, quandoquidem legata pia non tantùm actione, ſed vel officio Judicis exigi poſſunt. concluditque, opinionem Bartoli communiter ſervari teſte Molineo. Nunc

128. QUÆRITUR 1. An ſubſtitutio fideicommiſſaria in ſolo teſtamento fieri poſſit. Rationem dubitandi ingerunt verba §. *ſecundi Inſt. h. t.* ubi dicitur: *Imprimis igitur ſciendum eſt, opus eſſe, ut aliquis recto jure teſtamento hæres inſtituatur, ejúſque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii reſtituat, alioqui inutile eſt, &c.* ℞. Fideicommiſſum poſſe non ſolùm in teſtamento, ſed etiam in Codicillo, & etiam ab inteſtato relinqui, imò in Epiſtola, libello, imò ſolo nutu etiam ſine formalibus verbis. §. 2. *Inſt. de Codic.* ibi. *Nam per fideicommiſſum hæreditas codicillis Iure relinquitur.* §. 10. *Inſtit. h. t. Præterea inteſtatus quoque moriturus poteſt rogare eum, ad quem bona ſua vel legitimo Iure, vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem ſuam totam partemve ejus, aut rem aliquam (veluti fundum, hominem, pecuniam) alieni reſtituat, cùm alioqui legata, niſi ex teſtamento, non valeant.* & *L.* 22. *C. h. t. Et in Epiſtola, vel libello, vel ſine ſcriptura, imò etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe adhibitis teſtibus, nulla dubitatio eſt.*

129. QUÆRITUR 2. An poſſint fideicommiſſa relinqui etiam iis, qui alioquin non poſſunt directè hæredes inſtitui. Ratio dubitandi eſt, quia ut ex textu Inſt. pr. relato conſtat, hæc erat origo fideicommiſſorum. Deinde ſi non poſſunt relinqui niſi iis qui poſſunt directè inſtitui, ad quid ſerviet iſte modus relinquendi? cur enim indirectè & quaſi per preces, & miniſterium alterius, & cum incertitudine conſequendi finis vellem hæreditatem alicui deſtinare, quem poſſum directè, ſine alterius miniſterio, & magis certò hæredem habere? Nihilominus, ne lex reddens aliquos incapaces, poſſit beneficio Fideicommiſſorum fraudem pati, Jure hodierno non poteſt fideicommiſſum relinqui niſi capacibus directæ Inſtitutionis. Neque propterea inutilis eſt hic modus relinquendi, ut patebit ex ſeq. quæſt. Itaque

130. QUÆRITUR 3. An fideicommiſſum debeat relinqui ſicut hæreditas, hoc eſt non poſſit ex certo tempore relinqui. Ad hoc reſpondet Imperator §. 2. *Poteſt autem quisque & de parte reſtituenda hæredem rogare: Et liberum eſt, vel purè vel ſub conditione relinquere fideicommiſſum, vel NB. ex certo die.* Ratio autem diverſitatis, cur fideicommiſſum, ſecùs hæreditas, poſſit ex die relinqui, hæc eſt, quia ex hoc non ſequitur, poſſe aliquem quoad tempus eſſe partim teſtatum partim inteſtatum, ſicut ſequeretur, ſi hæreditas hoc modo relinqui poſſet. Ponamus enim teſtatorem ità ſcripſiſſe: *Sempronius hæres eſto poſt biennium*: & mori poſt annum: uno anno eſſet inteſtatus, & deinde primùm inciperet eſſe teſtatus. At verò ſi fideicommiſſum fecit ſcribendo: *Sempronius hæres eſto, eúmque rogo, ut meam hæreditatem poſt biennium reſtituat Cajo*: ſi moriatur poſt annum, non propterea ſecundo anno eſt inteſtatus, ſi Sempronius adeat hæreditatem, eſt enim Sempronius etiam anno ſequenti hæres, & manet hæres, etiam poſt hæreditatem Cajo reſtitutam. §. 3. *Inſt. h. t. Reſtitutâ autem hæreditate is quidem, qui reſtituit, nihilominus hæres permanet.* Hinc ergo relucet utilitas fideicommiſſi. nam interdum expedit bona noſtra non ſtatim, ſed poſt certum tempus ei, in quem translata cupimus, dari, v. g. propter illius infirmam ætatem, aut ad ſtimulandum, ut emendet mores, &c.

131. QUÆRITUR 4. Vtrum de ſolennitate verborum ſit, ut ſint deprecatoria. Ratio dubitandi eſt, quia Imperator §. 2. Inſt. h. t. ſic formulam ponit. *Cùm igitur aliquis ſcripſerit:* Lucius Titius hæres eſto: *poteſt adjicere:* Rogo te Luci Titi, ut cùm primùm poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Seio reddas, reſtituas. Nihilominus. ℞. Imperatorem ſolùm exempli cauſâ, & in forma conſueta, priusquam neceſſitas reſtituendi imponeretur, locutum eſſe. Itaque ſufficiunt etiam verba non deprecatoria, ut: *mando: injungo: deſidero: fidei tuæ committo*: & quæcunque verba conjecturam facientia voluntatis, quia in fideicommiſſis non ſolennitas, ſed voluntas teſtatoris ſpectatur: nam, ut dixi, etiam ſolo nutu poteſt fideicommiſſum relinqui. Imò, ut ex ſuprà dictis patet, & magìs ex dicendis patebit, ex benignitate legum aliqua ſuſtinentur jure fideicommiſſi, quæ directè inutiliter dabantur. Deinde etiam verbis enuntiativis fideicommiſſum ineſt: v. g. *Scio te hæreditatem meam Titio reſtituturum.* ut in terminis habetur *l.* 118. *ff. de Legatis.* 1.

132. QUÆRITUR 5. Vtrum reſtitutâ hæreditate maneat hæres is qui eam reſtituit. Ratio dubitandi eſt, quia cùm hæreditas ad ſubſtitutum deveniat, & hæreditas ſit forma denominans hæredem, videtur ſubſtitutus evadere hæres: & quia non poſſunt duo ex æquo in ſolidum eſſe hæredes, neceſſe erit priorem deſinere eſſe hæredem. Hæc tamen dubitandi ratio facilè ſolvitur, nam, Logicè rem declarando, non hæreditas materialiter ſpectata, ſed potiùs adeptio hæreditatis immediata à defuncto eſt forma denominans hæredem. Ad quæſitum reſpondet Imperator in §. 3. *Reſtitutâ hæreditate is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is verò qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.* Secunda pars

bujus responsi infrà declarabitur. Prioris partem aliqui moderni minùs efficacibus rationibus probant. Prima. Quia semel hæres factus non potest ampliùs hæredis nomen exuere, vel desinere esse hæres. Sed hoc est probare idem per idem. præterea etiam in rigore non est universaliter verum: nam hæres suus qui sine aditione ipso facto est hæres, desinit esse hæres si se abstineat, & perinde est, acsi nunquam hæres fuisset, sicut etiam ille qui contra aditionem restituitur in integrum: cur ergo non etiam tali modo (ne fiat quæstio de vocabulo) poterit hæres gravatus desinere esse hæres? Probant 2. Hæreditas est nomen juris, Restitutio verò facti: ergo non perimit ea quæ sunt juris. Hæc ratio patitur easdem instantias. Nam Abstentio & Restitutio in integrum sunt etiam facti, & tamen tollunt denominationem hæredis. Probant 3. Quod personale est, evelli non potest. Patitur easdem instantias & hæc ratio. Nulla ergo alia solida ratio reddi potest, quàm quia leges volunt, hæredem directè institutum adeundo hæreditatem tanquam per quasi contractum aliquo sensu constanter obligari, & repræsentare personam defuncti, sustinendo & exercendo actiones, quæ defuncto & adversus defunctum competebant, ut magis postea declarabitur.

133. Fideicommissarius ergo dicitur aliquando esse loco hæredis, nempe tunc quando hæreditas illi restituitur, eique actiones utiles passivè & activè conveniunt: Si verò res aliqua singularis fuerit relicta, habetur loco legatarii, quæ omnia meliùs ex dicendis constabunt. Nunc breviter. Antiquo jure Creditores & legatarii non poterant convenire fideicommissarium, ne quidem post restitutam illi hæreditatem, sed hæredem institutum: qui si quid illis solvere condemnatus erat, poterat illud deinde repetere à fideicommissario. Pari modo econtrario, fideicommissarius non poterat debitores hæreditarios convenire, & ab illis exigere debita, sed conveniebat hæredem institutum, hæres verò debitores; quodque à debitoribus consecutus esset, debebat fideicommissario restituere. Ad hos verò circuitus evitandos postea SenatusConsulto Trebelliano constitutum est, ut, si hæreditas ex causa fideicommissi restituta sit, actiones quæ hæredi & in hæredem competebant, omnes in fideicommissarium activè & passivè transferrentur, adeoque posset ipse convenire creditores, & ab iisdem conveniri: & propter has utiles actiones in se translatas dicitur esse *loco hæredis*: qui verò hæres directè institutus erat & fideicommisso gravatus, manet hæres, quod aliud in realitate non est, quàm quòd ipse posset adhuc actionibus directis conveniri; sed hæ actiones ab ipso, si velit, facilè possunt elidi Exceptione restitutæ hæreditatis: quodsi autem omittat eam opponere, & solvat, potest deinde solutum repetere à fideicommissario. Quodsi non tota hæreditas, sed pars illius restituta & restituenda erat, actiones quoque & onera non nisi pro parte transferuntur.

Cæterùm, si hæredi permissum esset, aliquā rem singularem præcipere, tunc illa res singularis censeretur illi prælegata, & absque onere relicta.

134. QUÆRITUR 6. Quinam possint fideicommissò gravari. ℞. Posse gravari omnes illos, ad quos aliquid perventurum est morte testatoris relinquentis vel saltem non adimentis quantum in se est. *l. 1. §. 6. ff. de legatis 3. Sciendum est autem, eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.* & clarius *l. 9. C. h. t. Ab eo, qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hæreditatem, vel mortis causâ donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest.*

Dices: ergo hæres ab intestato, utpote qui nihil accipit à testatore, seu defuncto, sed à lege, non potest gravari fideicommisso, quod est contra superiùs dicta. ℞. Hæredem ab intestato non consequi hæreditatem omnino præter vel contra voluntatem testatoris, quia saltem tacitè consentit, dum neminem alium instituit, & sic permissivè se habet. Illud tamen rectè infertur, quòd filius in testamento patris præteritus non possit gravari fideicommisso, etiamsi hæreditatem aliâ viâ, rescisso testamento, obtinuerit. *l. 1. ff. de leg. 3. Ex filio præterito, licèt suus hæres erit, fideicommissum relinqui non potest.* & clariùs in *l. 31. C. h. t.* [Quidam filium suum sacris paternis remisit, & postea testamento condito eum præteriit, nullo ei penitus relicto, aliis hæredibus relictis: ipsum autem, quem neque hæredem neque exhæredatum fecit, fideicommisso prægravavit: quærebatur, si utile esset bujusmodi fideicommissum. Totâ itaque antiquâ dubietate super hoc explosâ, nobis in hoc casu placuit, ut emancipatus (utpote injuriâ à patre affectus) non compellatur fideicommissum à sua persona relictum præstare.] Unde benè infert Ant. Perez, idem de exhæredato dicendum esse. Et ratio insinuatur, quia injuriâ affectus censetur, & contra voluntatem testatoris fit hæres.

135. QUÆRITUR 6. An non solùm res propriæ testatoris, sed etiam res aliorum, aut etiam illorum, qui gravantur, possint per fideicommissum relinqui. ℞. Affirmativè. dummodo non plus graventur, quàm honorentur. *l. 25. C. h. t. Hæredum quoque res proprias per fideicommissum relinqui posse, non ambigitur.* & *l. 6. eod.* [Prædia obligata per legatum vel fideicommissum relicta, hæres luere debet: maximè cùm testator conditionem eorum non ignoraverit, aut si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Si verò à creditore distracta sunt,

sunt, pretium hæres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur.

136. QUÆRITUR 7. (Et est, teste Fachineo *l. 5. c. 16.* quæstio in foro celebris) Quandoquidem, ut vidimus, etiam prælegatis possit fideicommissum imponi, an impositum censeatur in casu quo quis v.g. Titio & Cajo prælegata dedit: postea *in omnibus bonis* eos hæredes instituit, ità tamen, ut si sine liberis decesserint, Sempronio per fideicommissum restituere teneantur, non faciendo expressam mentionem legatorum. Affirmâtunt non pauci, quos refert & sequitur Menochius de præsumpt. *lib.* 4. *in 2. parte. præsumpt.* 194. *n.* 6. Negativa tamen est communior, quam post alios citatos tenet ipse Fachineus, & mihi quoque voluntati testatoris conformior esse videtur. Probatur. Substitutio enim videtur facta cum relatione ad Institutionem, quæ non est facta in prælegatis, sed *in aliis omnibus bonis.* ergo legata videntur potiùs à testatore fuisse excepta. Probatur consequentia. Quia hæredes videntur solùm rogati, ut quisque suam *hæreditatis* portionem restituat, non verò, ut portionem suam, hoc est, quidquid à testatore accepit, restituat.

Quod si quis juberetur portionem suam restituere, & non adderetur *hæreditariam*, tunc etiam prælegatum deberet restituere. Si tamen addatur: *hæreditariam*, prælegata non debet restituere. Ità habetur in lege 3. §. 4. *ff. ad S. C. Trebell.* [Quidam liberis ex disparibus partibus institutis, datis præceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos divisisset, rogavit eum, qui sine liberis discederet, portionem suam fratribus restituere: Imperator noster rescripsit, præceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hæreditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem: in portionem autem & præceptiones videri cecidisse.]

137. QUÆRITUR 8. Utrum hæres gravatus cogi possit adire hæreditatem, quam rogatus est restituere fideicommissario. Ratio dubitandi est ex una parte, quia posset contingere, ut sine ullo lucro, magnis cum incommodis deberet esse hæres, cùm tamen cæteroquin cuivis liberum sit hæreditatem repudiare. Ex altera parte nisi cogi possit, destituetur sæpè ultima testatoris voluntas, tunc nempe quando plus incommodi, quàm lucri ex aditione talis hæreditatis gravatæ imminet. Ut his incommodis obviaretur, varia constituta sunt, quæ infrà enucleatiùs tradentur, cùm ex professo agetur de Falcidia, & Trebellianica portione deducenda, quia sunt communia etiam fideicommissis singularibus & legatis. Nunc præsenti quæsito potest in compendio satisfieri. Hodierno igitur Iure circa restitutionem fideicommissorum universalium tria constituta & observanda sunt.

Primum. Si scriptus hæres totam hæreditatem, vel supra dodrantem restituere rogatus fuerit, potest quadrantem, seu quartam partem (quæ Trebellianica vocatur) totam vel quod in portione non gravata deest, retinere, ità ut habeat tres uncias: quod si eam fideicommissario per errorem solvisset, potest eam condictione *indebiti* repetere. Pro rata hujus quartæ debet quoque onera & actiones sustinere, quæ cum proportione inter hæredem, & fideicommissarium dividuntur. Secundum. Si hæres sponte totam hæreditatem restituerit, non retentâ quartâ, tunc omnes actiones hæreditariæ in fideicommissarium transeunt, & hæres ipso Iure, nullis ampliùs requisitis stipulationibus (ut antiquitùs) ab omnibus oneribus liber manet. Tertium. Si recusaverit hæres adire hæreditatem, tunc, ne quidem quartâ ei permissâ, petente fideicommissario, cogitur adire, & fideicommissario totam hæreditatem restituere, ità tamen, ut omnes actiones ad fideicommissarium, & contra eum transferantur, neque vel commodum, vel incommodum ullum apud hæredem maneat. Et sic consultum est illis incommodis, quæ in rationibus dubitandi sunt allata. §. 7. *Inst. h. t.* ibi. *Nullo nec damno, nec commodo apud hæredem remanente.* sed, ut dixi, pluribus infrà de Trebell. agetur.

138. QUÆRITUR 9. Utrum non solùm hæres, sed etiam ipse fideicommissarius gravari possit, adeoque primo fideicommissario possit substitui secundus, & sic deinceps. Respondet Imperator §. 11. affirmativè. his verbis. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.* Quomodo autem hoc sit intelligendum, quando aliquid relinquitur familiæ, jam suprà dixi. Sed fideicommissarii gravati non possunt detrahere Trebellianicam, si eam hæres jam detraxit, ut infrà dicetur.

139. QUÆRITUR 10. Si in fideicommisso non sunt adhibitæ solennitates, ex quibus probari possit substitutio seu fideicommissum, hæres autem sciat, eam fuisse voluntatem defuncti, an aliquo Iuris remedio induci possit ad præstandum fideicommissum. Responsio ad hoc quæsitum, quod est utilissimum, habetur in lege ult. *C. h. t.* sed clatiùs expressa in §. *fin. Inst. eod.* ubi Imperatori refertur propositus hujusmodi casus. Titius moriturus citra testamentum, vocavit ad se Sempronium, futurum sibi ab intestato hæredem (idem esset, si eum in testamento priùs facto hæredem scripsisset, nullâ factâ substitutione) eúmque rogavit, ut hæreditatem aditam, seu totam seu partem, Mævio restitueret. Mævius id subodoratus est, undecunque tandem acceptâ notitiâ. Mortuo Titio petit à Sempronio hærede fideicommissum. Sempronius negat suæ fidei aliquid restituen-

stituendum commissum esse. deficiunt Mævio probationes. quæsitum est, quomodo Mævio succurri posset, & an eo non probante hæres absolvendus. Respondit Imperator: [Sive pater hæredis, sive alius quicunque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit, si bæres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat, negando rem irà esse subsecutam: si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cùm priùs ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere vel jusjurandum subire, quòd nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis, vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus, & si à legatario vel fideicommissario aliquid similirer relictum sit. Quodsi is à quo relictum dicitur, postquam negaverit, confiteatur quidem aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.] Hujus justissimæ Constitutionis optima & subtilis ratio redditur in lege Cod. cit. illis verbis. *cùm ipse* (hæres) *sibi judex & testis inveniatur, cujus religio & fides à fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis.* quasi diceret, duplici honore affici hæredem. quia permittitur esse Testis in propria causa & Iudex, ejúsque fidei tantùm tribuit substitutus, quantùm cæteroquin in Iudicio tribuitur pluribus testibus. & ex Etymologia nominis, quia fideicommissorum cunabula à fide bæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt. §. *cit.* Est ergo hoc specialiter statutum in hac sola ultimæ voluntatis specie, cujus ulteriorem rationem conatur reddere Card. de Lugo: cùm enim hæres repræsentet personam defuncti, quando bæres fatetur, illam fuisse defuncti voluntatem, perinde accipitur, acsi ipse defunctus id nunc declararet: ergo non debet hæres contrarium velle, ne sibi ipsi contrarius sit. sed debet voluntatem defuncti, quem repræsentat, perinde tueri, acsi sua propria esset: unde per talem agnitionem solennizatur voluntas defuncti. Hæc tamen ratio imprimis non procedit in Legatario, & fideicommissario gravato, ut patet, & tamen de his idem statuitur. Deinde patitur difficultatem, quàm mox subjiciam.

Est etiam dicta Constitutio ex eo capite singularis, quòd alioquin Regula generalis sit, non posse juramentum deferri ab eo qui nihil probavit; item quòd illi cui delatum est juramentum, non liceat illud referre. ut dicemus *in tract. de probationibus.*

140. Posset hic meritò moveri controversia similis illi, quam præced. tract. examinavimus de Testamentis, an deficientibus solennitatibus, in casu posito, si hæredi nemo litem moveret, teneretur in conscientia restituere fideicommissum. Theologi communiter videntur affirmativam supponere, & cæteris clariùs Card. de Lugo, in suo discursu paulò antè relato. Ego tamen ingenuè fateor (secluso pacto inito inter testatorem & hæredem) conformiùs ad ea quæ de Testamentis diximus, etiam in præsenti dicendum videri, quòd ante Iudicis sententiam (ut postea explicabo) non teneatur restituere. Moveor textu aperto, (quem à nemine sufficienter explicatum invenio,) *in lege 23. C. h. t.* quæ sic habet. [Si veritas vel solennitas Iuris deest, nec amplexus patentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis causâ stipulantibus promisisti, negotium integrum est, ad solutionem urgeri non potes.] Dixi: *ante Iudicis sententiam.* & hoc indicatur in ultimis verbis relatis ex §. *fin. Inst.* ubi non simpliciter dicitur, cogendum esse ad solutionem, *si ad legis subtilitatem recurrat*: hoc est, si neget esse solenniter relictum: sed sic dicitur; *postquam negaverit*: & deinde *confiteatur aliquid relictum, sed ad legis subtilitatem recurrat.* Ecce! in pœnam præcedentis negationis dicitur non esse ampliùs audiendus, si velit recurrere ad legis subtilitatem. De cætero etiam in hac ultima voluntate attendi solennitates & legis subtilitates, patet ex lege citata: & quòd solùm non attendantur, quando hæres malitiosè negat fideicommissum, audi Imperatorem in lege 32. *C. h. t.* ibi. *Cùm enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est.* (nempe quando hæres ideo non vult restituere, quia negat voluntatem fuisse solennizatam) [Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos fortè testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.] (Et hos testes vult Lugo pertinere ad substantiam testamenti.) [Cùm autem NB. is qui aliquid ex voluntate defuncti lucratur (& maximè ipse hæres, cui summa auctoritas totius causæ commissa est) dicere compellitur veritatem per Sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propriâ & indubitatâ fide relictâ? cùm & in leges respeximus, quæ justis dispositionibus testatorum omnimodo hæredes obedire compellunt: & sic strictiùs causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hæreditatis sanciant, eos qui testatoribus suis minimè paruerint.]

Et hæc quidem, ut dixi, videri possent probare, quòd, secluso expresso pacto (quo utique induceretur obligatio in conscientia) non obligaretur hæres restituere in conscientia illud, quod sine solennitatibus ad ultimas voluntates requisitis dixisset defunctus, se velle ex sua hæreditate restitui.

141. Nihilominus existimo posse rem distinctione componi: videtúrque dicendum, etiam secluso expresso pacto, aliquando hæredem in conscientia obligari ad restituendum, ali-

aliquando non. Distingnendum, inquam, est, inter eum qui succedit ab intestato, qnique hæreditatem potiùs ex legis provisione, quàm ex voluntate defuncti consequitur, à quo non est honoratus, & inter eum, qui hæreditatem consequitur ex testamento, vel alio modo est à defuncto honoratus dum aliquid illi reliquit, sive in testamento, sive in Codicillo, sive in donatione causâ mortis; Qui ab intestato succedit, si se nullo pacto obliget, etiamsi defunctus ostenderit desiderium, ut aliquid alteri restituat hæres, non video quomodo inducatur obligatio in conscientia, si tale desiderium non habet Iuris solennitates: succederet enim hæres, etiamsi expressè recusaret, se velle in se recipere onus restitutionis, quia non accipit hæreditatem à defuncto, sed à lege, nec à defuncto est honoratus: Vnde ergo haberet potestatem inducendi obligationem in conscientia? & ità puto accipiendam legem 23. citatam.

142. Loquendo verò de illo qui à testatore honoratur, censeo talem obligari in conscientia, si testator, post factam jam solennem dispositionem, deinde dicat hæredi, vel legatario, se quidem ipsum taliter honorâsse, velle tamen aliquid alteri restitui, & hoc se illius fidei committere. Hâc enim voluntatis declaratione positâ, & hærede non contradicente, videtur hoc ipso in obligationem consentire, cùm intelligat, quòd testator non aliter velit honoratum successorem, nisi cum onere restituendi: ergo si nollet restituere, deficeret voluntas testatoris, & peccaret contra datam fidem: Ergo non posset bonâ conscientiâ accipere quod sibi relictum est: ergo volendo accipere quod relictum est, contrahit obligationem restituendi.

Ad hoc probandum adduco legem secundam. *C. h. t.* quæ sic habet. [Etsi inutiliter (*id est, sine Solennitatibus*) fideicommissum relictum sit: tamen si hæredes comperta voluntate defuncti prædia ex causa fideicommissi avo tuo præstiterunt, frustra ab hæredibus ejusde ea te quæstio tibi movetur: cùm non ex ea sola scriptura NB. sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur.] Et hæc mihi videtur esse mens antiquorum quos refert & sequitur Ferd. Vasquius *de success. creat. L.* 3. §. 23. *n.* 1. *& seqq.* & Antonius Perez *h. t. n.* 10. dicit, solam hæredis confessionem sufficere ad probandum fideicommissum, cujus nulla prorsus sit solennitas. cui è diametro contradicit Mynsinger, VVolfius, & ex iis Casparus Manzius *ad vers. Quodsi.* his verbis. *Quia ex minùs solenni voluntate non debentur fideicommissa. L.* 23. *C. h. t.* hos AA. puto conciliari posse distinctione datâ: sed hæc omnia dicta sunto, salvo meliore aliorum judicio. Solùm addo, quod scribit Michaël Grassus §. *Testamentum. q.* 54. *n.* 21. ubi hæc habet. [Sed quidsi hæres in testamento minùs solenni promisit testatori servare voluntatem suam, nunquid sustinebitur? ℞. Quòd sic, non tamen tam in vim ultimæ voluntatis, quàm in vim contractûs.] Deinde citat AA. unde colligo, quòd hi AA. requirant promissionem & pactum, ut detur obligatio præstandi fideicommissum.

143. QUÆRITUR 11. An mortuus fideicommissarius ante aditam hæreditatem, transmittat suum Ius ad suos hæredes, ità ut illis sit restituendum fideicommissum, etiam necdum agnitum ab ipso fideicommissario. Respondetur cum distinctione. Vel est relictum fideicommissum purè & simpliciter, ac statim restituendum, vel sub conditione futura, sive in certum diem, v. g. post mortem hæredis instituti & gravati. Si priore modo factum est fideicommissum, transmittitur, si fideicommissarius decessit post diem fideicommissi cedentem. Ità Ant. Gomez *c.* 5. *n.* 9. Eman. Suarez in *Litt. F.* adducens longum Catalogum Authorum. habetur clarè in lege 21. C. h. t. [Si in personam patris tui, cui te successisse proponis, fideicommissi dies utiliter cessit, licèt tempore quo fuerat datum, necdum te natum fuisse probetur: uxorem patrui tui, quem contendis rogatum fuisse patri tuo, si sine liberis decesserit, ab avo tuo relicta restituere, si ei successerit, de fideicommisso convenire debet.] Ratio est, quia fideicommissarius jam acquisivit Ius formatum ad actionem ab alio præstandam, nempe quia habet Ius compellendi fiduciarium ad hæreditatem adeundam: ergo hoc Ius transmittit. Neque refert, quòd alii hæredes non transmittant regulariter Ius adeundi hæreditatem. Nam hoc Ius eorum ossibus inhæret, & est Ius potiùs negativum, nempe ne impediatur ab alio ab aditione: non autem est Ius ad actionem ab alio præstandam. & hoc Ius nolunt leges regulariter (nisi in casibus exceptis & adductis præced. Tract.) transmitti ad hæredes.

Quodsi verò fideicommissum relictum est secundo modo, & moriatur fideicommissarius antequam conditio eveniat, vel dies cedat, tunc non transmittitur fideicommissum ad hæredes fideicommissarii. habetur in lege un. §. 7. *C. de Caducis tollend.* ibi. [Sin antem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die, exspectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit relictum, vel diem, ut tunc cedat, cùm vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit. Quodsi in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non prævaluit, manere disponimus simili modo apud eos à quibus relictum est.]

144. QUÆRITUR 12. Si fideicommissum pater à filio reliquit alicui extraneo, postea

stea verò filio nascantur liberi, an nihilominus teneatur restituere fideicommissum. ℞. Negativè, quia, ut jam alibi dixi, in hujusmodi dispositionibus præsumitur subesse tacita conditio, *si sine liberis decesserit*: nisi causa pia substituta esset ad animæ salutem promovendam pertinens, quare susceptis deinde liberis, utpote conditione non expletâ, fideicommissum exspirat ex præsumpta voluntate defuncti, qui si de nepotibus cogitâsset, eos utique extraneo prætulisset, nisi de contraria voluntate constet. *L. 30. h. t.* ubi Imperator hanc Papiniani sententiam extendit. [Cùm acutissimi ingenii vir (*nota, quomodo debeant Principes honorare suos Juris-Consultos*) & meritò ante alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis, si quis filium suum hæredem instituit, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cùm filius ejus sine sobole vitam suam reliquerit: nos hujus sensum meritò mirati plenissimum ei donamus eventum: ut si quis hæc disposuerit, non tantùm filium hæredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem: & eam restitutionis post obitum gravamini subjugaverit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ij qui restitutione onerati sunt, sine filiis, vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel proneptibus fuerint defuncti: ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.] Hanc tamen constitutionem esse intelligendam de liberis postea ex legitimo matrimonio natis, vel saltèm per subsequens matrimonium legitimatis, non verò de aliis, multò minùs de Adoptivis, docet P. Sanchez *de Matr. lib. 7. disp. 105. n. 7. & seqq.* quem sequitur Ant. Perez *n. 16.* qui tamen quoad piam causam aliter sentit, putans eam etiam excludi à liberis, & conditionem adhuc subintelligi: ego autem in causis piis strictè dictis, & directè pro animæ salute electis, aliter præsumerem de voluntate testatoris, qui utique animam suam præferret nepotibus.

145. QUÆRITUR 13. Si post contractam obligationem restituendi gravatus non restituat, an aliquam pœnam in Iure constitutam habeat. ℞. De hoc exstat Novella 1. c. 1. breviter contracta in Auth. C. hujus tit. quæ sic habet. [Hoc ampliùs qui defuncti judicium lege non repræsentatum monitus à Iudice intra annum non implet, excluditur, eò quòd præter debitum naturale perceperit ex eodem judicio: hoc autem cum onere suo, dandâ super hoc cautione defertur primò substitutis, mox ordine servato cohæredibus adeuntibus, vel generali fideicommissario, vel legatario soli, vel ex pluribus in parte potiori, vel speciali fideicommissario, vel legatario majoris emolumenti, vel omnibus, vel volentibus, vel libertate in testamento donatis, prout quisque eorum prior nominatus est, exhæredatis ne hic quidem respectis: postremò defertur extraneo vel fisco.] Breviter. Admonitus si per annum distulerit, aufertur illi lucrum, & defertur aliis eo ordine & prærogativâ, ut in Auth. dicitur.

146. QUÆRITUR 14. Si hæres gravatus Religionem profiteatur successionis capacem, an fideicommissum statim sit restituendum, etiamsi alioquin non nisi post mortem naturalem, aut aliud tempus à testatore designatum restituendum esset. Respondetur consentaneè ad alibi dicta, non esse restituendum: quia talis hæres non est quoad effectum retentionis, & fruitionis civiliter mortuus, sed illius loco gaudet Monasterium.

147. QUÆRITUR 15. An, fideicommissarius Ius suum fideicommissarium possit alteri cedere, seu vendendo, seu donando, seu alio contractu ad hunc effectum, ut ille tertius possit compellere hæredem gravatum, ut adeat hæreditatem, & sibi fideicommissum restituat, possitque uti juribus & remediis concessis ipsi fideicommissario honorato. Affirmat Ant. Gomez c. 5. n. 6. & adducit ad hoc probandum tanquam textum singularem legem 59. §. 1. *ff. de Iure dot.* Verùm negativè respondendum est, per clarissima verba illius ipsius §. quem Gomez pro se adducit. verba sunt. [Ex asse hæres institutus rogatúsque mulieri dodrantem hæreditatis restituere, jussu ejus quod debet, dotis promisit marito. Vereor, (*inquit Marcellus*) non sit obligatus: nam mulieri in hoc tenetur, ut hæreditatem restituendo transferat actiones, & quas habet, & quibus est obstrictus, quas NB. transferre ad alium, quàm cui debet fideicommissum, non potest. Aliquis dixerit, incerti (*condictione*) cum eo agi posse, ut fideicommissi præstet æstimationem: huic ego consentire non possum: nam obligari mulieris debitorem ità æquum est, si acciperet id ipsum, quod ei debetur, vir potest. Sed ne indotata mulier esse videatur, dicendum est, ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hæreditatis, quæ ei relicta est, ut ea suo marito pro dote eam solveret, quia & ad eam fideicommissum, & onera ejus pertinent: NB. delegatione propter nimiam subtilitatem & casûs necessitatem minimè obtinente.] Imò quod amplius est, ne quidem transferuntur actiones, si hæres priùs quàm debet, restituat, uc habetur in *l. 10. ff. ad Trebell.* [Sed si ante diem, vel ante conditionem restituta sit hæreditas, non transferuntur actiones: quia non ità restituitur hæreditas, ut testator rogavit: planè posteaquam exstiterit conditio, vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hæreditatis, benignus est, intelligi tunc translatas videri actiones.] Benè tamen notat Emanuel Suarez, quòd simplici procuratori (non procuratori in rem suam) restitutio utiliter fieri possit,

quia

quia sic actiones rectâ viâ in ipsummet fideicommissarium transeunt. ut dicitur in lege 37. paulò pòst afferenda. *ff. ad Treb.*

148. QUÆRITUR 16. Si hæres gravatus decedat ante aditam hæreditatem, an exspiret substitutio fideicommissaria. ℟. 1. Si hæres gravatus decessit post jussum, seu Iudicis decretum de adeundo, tunc non exspirat, sed obligatur hæres ad quem hæreditas gravata pervenit. *l. 4. C. ad Trebel.* [Non justam te gerere sollicitudinem per fideicommissum relictæ portionis hæreditatis perspicimus, verentem ne fructum amittas relicti fideicommissi, quoniam avia testatoris ex parte hæres scripta, & tibi rogata restituere calliditate ac fraude repudiavit, ut ad alium nepotem eundémque cohæredem devolvatur portio, à quo tibi nominatim non fuerat fideicommissum relictum, & coacta suspectam hæreditatem adire, priusquam pro hærede gereret, rebus sit humanis exempta. cùm Divo Antonino deberi etiam à substitutis fideicommissum contemplatione judicii testatoris quasi tacitè ab his repetitum jam dudum placuerit. ℟. 2. Neque exspirat substitutio, quando ab hærede gravato hæreditas est transmissa ad hæredes, seu Iure Suitatis, seu Iure Sanguinis, seu Iure Deliberandi: transmittitur enim cum suo onere, ut docet Bartolus *in leg. 13. ff. ad Trebell.* ℟. 3. Extra hos casus exspirat substitutio morte hæredis, ante aditam hæreditatem. *lege 13. §. 3. in fine.* ibi. *Dicendum erit, compellendum eum adire, ne priùs hæres decedens fideicommissarium decipiat.*

149. QUÆRITUR 17. Quibus modis possit fideicommissum restitui. ℟. Hos modos accuratè recenseri ab Ulpiano in lege 37. *ff. ad Trebell.* [Restitura hæreditas videtur, aut re ipsâ, si fortè passus est hæres possidere res hæreditarias vel totas, vel aliquas earum, hac mente, ut vellet restituere, & ille suscipere: non si ex alia causa putavit se possidere. Sed etsi postea ratum habuit, idem erit dicendum. Sed etsi verbo dixit se restituere, vel per epistolam, vel per nuntium restituat, audietur. Sed etsi voluntate suâ alii restituerit, in te transibunt actiones. Item si alius jussu meo restituit, vel tamen habuit restitutionem, transiisse actiones videntur. Pupillus autem ipse debet restituere tutore auctore, non tutor sine pupillo, nisi infans sit. Sed etsi pupillo sit restituenda, non posse pupillo sine tutoris auctoritate restitui constat.] His additur alius modus in lege 7. §. 1. *C. eod.* [Cùm autem aliquis hæreditatem restituere jussus est, & dolo malo, vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit, vel si suppositus fideicommissariæ restitutioni, antequam restitueret hæreditatem, ab hac luce subtractus est, nullo hærede vel successore ei existente, vel fideicommissarius cui restituta est ex Trebelliano. Senatusconsulto hæreditas, alii per fideicommissum restituere jussus fuerit res hæreditarias, quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus, apud veteres dubitabatur, &c. Sancimus itaque, ut sive per contumaciam absfuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte præventus nullo relicto successore fuerit, sive à primo fideicommissario in secundum translatio celebrari jussa est, ipso jure utiles actiones transferantur.]

150. Est tamen inter Restitutionem fideicommissi realem, & verbalem seu per Epistolam, hoc notabile discrimen, quòd per realem restitutionem non solum dominium, sed etiam possessionem acquirat fideicommissarius, per verbalem autem solum dominium. *l. 63. ff. ad Trebel.* ibi. *Factâ in fideicommissarium restitutione, statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hæreditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.* quod ultimum utique intelligendum de verbali restitutione. Hinc est, quòd etiam factâ solùm verbali restitutione competat fideicommissario contra tertium particularem possessorem actio universalis, quæ dicitur *Fideicommissaria hæreditatis petitio*, ut habetur toto titulo *de fideicom. hæred. petit.* & hæc respondet in fideicommissario directæ hæreditatis petitioni, quæ convenit hæredi directo, ut præced. tr. dictum est. Quodsi fideicommissarius semel adeptam possessionem amittat, habet postea utilem rei Vindicationem, quia retinet dominium, si quidem is Dominus fuit à quo est honoratus, sin minùs, saltèm competet illi Publiciana, ut habetur in lege *cum sponsus. §. 1. ff. de publiciana.* ibi. *Is cui ex Trebelliano hæreditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publicianâ.*

151. QUÆRITUR 18. Ad quem pertineant fructus percepti ab hærede gravato ex re restituenda seu fideicommisso. ℟. 1. Si fructus sunt collecti vivo testatore, & reperiuntur in hæreditate tempore mortis ejus, sunt restituendi, sicut etiam si reperiantur pendentes. ℟. 2. Si hæres gravatus jam restituit, etiam verbaliter tantùm vel ipso jure, in casibus sup. recensitis quæst. 17. fructus postea percepti debentur fideicommissario tanquam ex re propria percepti, nam res quæque Domino suo fructificat. ℟. 3. Si testator expressè jussit fructus restitui, vel etiam tacitè, tunc omnes sunt restituendi, nisi hæres malit illos in Trebellianicam computare. ℟. 4. Si ex voluntate testatoris percepti sunt ab hærede, v. g. quia sub conditione vel in diem gravatus est, tunc computat quidem in quartam, sed superfluos non restituit. ℟. 5. Si sunt percepti post aditam hæreditatem interveniente negligentiâ in hærede gravato dum tardat restitutionem, sunt restituendi, & si computet in quartâ Trebell. superfluos tamen debet restituere. Habentur hæc in lege 18. *ff. ad Trebell.* [In fideicommissaria hæreditatis restitutione constat

 non

non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut cùm quis specialiter fuerit rogatus & fructus restituere. Planè fructus in quartam imputantur. Et paulò pòst. Fructus autem non hæreditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.] *n.* 6. Si hæres non coactè sed sponte adivit hæreditatem, fideicommissarius autem neglexit petere restitutionem, non sunt restituendi. *l.* 22. §. 2. *eod. Si hæres post multum temporis restituat, cùm præsenti die fideicommissum sit, deducta quartâ restituet: fructus enim qui percepti sunt, negligentiâ petentis, non judicio defuncti percepti videntur.* *n.* 7. Fructus percepti jacente hæreditate, si hæres coactus adiit hæreditatem, sunt etiam restituendi. *l.* 27. §. 1. *ff. eodem.* ibi. *Sicut fructus ante aditam hæreditatem in Restitutione venient.* De fructuum computatione in Trebellianicam dicetur ampliùs infrà.

152. QUÆRITUR 19. Si quis fideicommissum ità reliquerit, ut hæres solùm gravatus sit restituere, quidquid tempore mortis superit, ad quid conservandum hæres teneatur. Iure Digestorum *l.* 54. *ff. ad Treb.* poterat bonâ fide, sed sine fraude, consumere, quantùm necesse habebat. postea Nov. 108. aliud constitutum est, quod expressum habetur Auth. *contra Ç. eodem.* quæ sic habet. [Contra cùm rogatus fuerit quis, ut sine liberis decedens, quod tunc ex hæreditate superest, restituat, vel aliis hujusmodi verbis gravatur, quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur. Super hoc igitur & cautionem, nisi à defuncto remissa sit, exponet. Quodsi contingat eam diminui, aut ex ipsius substantia suppletur, aut eâ deficiente in rem actione & hypothecariâ fideicommissario uti permittitur adversus rerum acceptores. Ex causa tamen dotis seu propter nuptias donationis, seu captivorum redemptionis, vel si non habeat, unde faciat expensas, hujus quartæ permittitur diminutio.] Ex qua auth. rectè infert Salycetus, quòd si in vita restituerer quartam, ad nihil ampliùs teneretur, etiamsi totum conservaret.

153. QUÆRITUR 20. An cohæres jussus suam partem restituere per fideicommissum, si illi cohæredis pars accrescat, etiam hanc teneatur restituere. *n.* Affirmativè. Ratio est, quia pars non accrescit personæ sed rei; unde (ut habetur *in l. si totam. ff. de acquir. hæred.*) etiam si post factam suæ partis restitutionem deficiat pars cohæredis, hæc accrescet fideicommissario, & non cohæredi gravato.

154. QUÆRITUR 21. Vtrum, si quid hæreditatis restituendæ pereat, debeat illud hæres gravatus resarcire. Respondetur. Si sine omni culpa pereat, ad nihil tenetur, ut patet ex dictis in 1. tomo tr. 2. ubi etiam probatum est, non sufficere culpam purè civilem, ut quis teneatur ante Iudicis sententiam, sed requiri culpam theologicam, & quidem gravem, hoc est, cum plena advertentia factam. Quodsi dolo aut latâ culpâ aliquid periit, tenetur hæres, non tamen tenetur de culpa levissima aut levi; juxta ea quæ dicentur *in tract. de Contractib.* & in specie habetur in *l.* 22. §. 3. *ff. ad Trebell.* [Sed enim si quis rogetur restituere hæreditatem, & vel servi decesserint, vel aliæ res perierint, placet non cogi eum reddere quod non habet; culpæ planè reddere rationem, sed NB ejus quæ dolo proxima est.

155. QUÆRITUR 22. An hæres gravatus restituere totam hæreditatem, debeat etiam transferre in fideicommissarium Ius Sepulchrorum, si quod hujusmodi habebat defunctus. Imprimis certum est, non debere nec posse transferri Ius Sepulchrorum familiare, hoc est quod quis sibi & familiæ suæ assumpsit, si fideicommissarius non sit de familia, quod constat à fortiori, quia nec in directè substitutum transit. Loquendo nunc de Iure Sepulchri hæreditario, & etiam ad extraneum hæredem transferibili, ad fideicommissarium tamen non transfertur, quia non est hæres, sed solùm loco hæredis habetur quoad effectus suprà recensitos. Habetur etiam *in lege* 42. §. 1. *ff. ad Trebell. Restitutâ hæreditate jura Sepulchrorum apud hæredem permanent.* & lege 13. *C. de Relig. & sumpt. funer. Jus Sepulchri tam familiaris quam hæreditarii ad extraneos etiam hæredes, familiaris autem ad familiam, etiamsi nullus ex ea hæres sit, non etiam ad alium quemquam, qui non est hæres, pertinere potest.*

156. QUÆRITUR 23. Utrum Jus patronatûs, hoc est, Jus præsentandi aut nominandi ad beneficium Ecclesiasticum, transferatur ad fideicommissarium restitutâ hæreditate. Negat Antonius Gomez, & ait manere apud Hæredem c. 5. *n.* 29. referens aliquos qui dicunt esse communem. Pro qua sententia nullus Iuris textus potest afferri, sed rationibus, & à paritate solet probari. Quibus non obstantibus contrarium asserunt Ludovicus Romanus, quem sequitur Molina Iurista, & inclinat P. Molina, Emanuel à Costa, *in c. si pater de Testam.* & P. VVadingus, & hæc sententia mihi verior videtur. Probatur. Quando quis vendit sua bona cum Vniversitate bonorum, v. g. toparchiam cui est annexum jus Patronatûs, transfertur in Emptorem jus patronatûs, imò etiamsi hujusmodi bonum detur ad Emphyteusin, adeoque quando solum dominiū utile transfertur, transfertur quoq; jus patronatûs cùm dominio utili. *c. ex litteris. c. cùm sæculum. de Jure patron.* & quidem in cap. *ex litteris* habetur, quòd si jus patronatûs non sit specialiter exceptum, transeat cum universitate bonorum in dominum utilem: atqui jus patronatûs non est à testatore specialiter exceptum, quominus transeat ad fideicommissarium, ut supponitur in casu, ergo nihil obstat. Capitulum sic habet. [Mandamus, quatenus si vobis

vobis constiterit, quòd præfato militi præscripta villa fuerit non excepto jure patronatûs ad firmam concessa, vel antequam dejure patronatûs inter Abbatissam & militem controversia esset suborta, præfatus Guil. in præscripta Ecclesia per Episcopum ad præsentationem militis institutus fuisset, ei adjudicetis Ecclesiam.]

157. Neque obstant argumenta Gomezii, Primum est. Jus patronatûs est quoddam jus inseparabile, & religiosum, & sine commodo pecuniario; quod non debet ad alium transire. Hæc est petitio principii, & est solvendum omnibus in Venditione universitatis bonorum, & in Emphyteusis constitutione. Secundum & tertium est à paritate Juris Sepulcbrorum, & Iuris patronatûs libertorum, quæ non transeunt in fideicommissarium. ℞. De his disposuisse Ius Civile, de Iure patronatûs Ecclesiastici disposuisse Ius Canonicum, & hoc est attendendum.

158. QUÆRITUR 24. Si quis hæredi instituto sit substitutus duplici substitutione, vulgari, & fideicommissariâ, penes quem sit electio, & posset videri, electionem esse penes hæredem, ut posset repudiare hæreditatê, nec cogi ad eam adeundâ,ac proinde substituto solùm superesset successio ex vulgari. Sed Legislatori contrarium placuit, in lege 6. §. 5. *ff. ad Trebell.* [Titius hæres institutus Sempronio substituto rogatus est, ipsi Sempronio hæreditatem restituere: institutus suspectam dicebat hæreditatem: quæritur, an cogendus est adire, & restituere hæreditatem, & deliberari potest. Sed verius est, cogendum eum: quia interesse Sempronii potest, ex institutione, quàm ex substitutione hæreditatem habere, vel legatis, vel libertatibus oneratâ substitutione.] Ità est. atqui etiam potest interesse hæredis instituti, posse repudiare hæreditatem: cur ergo potiùs favetur substituto, quàm Instituto, cùm testator voluerit principaliter honorare, & hæredem habere institutum? Verùm præsumendum est, quòd substituti utilitatem magis attenderit testator, & vulgarem substitutionem solùm adjecerit in casum impotentiæ, non in casum Noluntatis, quem voluit per substitutionem fideicommissariam removere. Cæterùm etsi antiquo Iure potuerit multùm interesse fideicommissarii, quia onera & actiones manebant penes hæredem, quia tamen jure novo transferuntur omnes actiones utiles in fideicommissarium, non apparet ampliùs magnum interesse, ut non æquale, vel etiam majus, fortè in lucro fructuum, possit esse in successione ex substitutione vulgari.

159. QUÆRITUR 25. Si testator instituens filium hæredem, gravavit eum, ut bona ultra legitimam (quæ sine onere debetur) post mortem restituat Nepoti, quem habebat ex filio gravato: attamen hæres gravatus postea alios filios suscepit, quos reliquit tempore mortis, an admittatur solus Nepos expressè substitutus, vel potiùs simul cæteri filii postea nati per modum unius substituti. In hoc puncto respondendum est ex præsumptione voluntatis testatoris diversa pro diversitate circumstantiarum. Vel enim hæres gravatus poterat probabilissimè prævideri habiturus plures liberos, & tunc videtur mens testatoris ad præsentem nepotem esse restricta; vel non poterat sperari alia proles, quia, v. g. uxor diu sterilis fuit; & tunc præsumendum est, quòd si cogitâsset de nova prole, eam pariter cum præsente amâsset & honorâsset: nisi proles præsens extraordinaria haberet merita, quibus ad talem substitutionem videatur testatorem allexisse. Et meo judicio non rarò videtur posse præsumi, quòd ad eum tanquam primogenitum, ad cæteros verò tanquam vulgariter substitutos voluerit restringere.

160. QUÆRITUR 26. Si quis plures hæredes, v. g. quatuor instituit, sed in portionibus inæqualibus, eósque invicem fideicommisso gravavit, ut suam hæreditatem cæteris restituereot; jam si Titius & Sejus debent restituere Cajo & Sempronio, & hi sunt in partibus inæqualibus instituti, quâ proportione est illis hæreditas Titii & Seij restituenda? ℞. Esse restituendam cum proportione inæqualitatis, in qua sunt instituti, & hoc ex præsumpta voluntate testatoris, ut ait glossa in *legem 23. ff. ad Treb.* ubi verbis obscurioribus hic ipse casus ità resolvitur. *Quotits paterfamilias unum vel duos hæredes cohæredibus suis restituert hæreditatem jubet, intelligitur easdem partes in fideicommissis facere, quas in hæreditate distribuenda fecerit.* Nisi ex aliis signis alia voluntas colligeretur, & ideo statim exempli gratiâ adjungitur: [Sed si jubeantur hi quibus fideicommissum datur, pecuniam numerare, atque ità fideicommissa recipere: ex quantitate pecuniæ, quam dare jubentur, voluntas colligenda est patrisfam. nam si ex disparibus partes hæredes scripti æquas partes dare jubentur, propius est, ut viriles recipere debeant. Si verò summa pecuniæ dandæ congruit portionibus, hæreditarias portiones accipere debebunt.] Et hæc de Substitutione fideicommissaria universali: nam de singulari, & de Trebellianica infrà ex Professo.

CONTROVERSIA VII.

De Breviloqua seu Reciproca Substitutione.

SUMMARIUM.

161. SUbstitutionis hujus species quoad nomen *Breviloquæ*, inducta est à Juristis occasione legis 37. §. 1. *ff. de hæredib. instit.* ubi sic dicitur. *Hæc verba*: Publius, Marcus, Gajus, invicem substituti hæredes mihi sunto: *sic interpretanda sunt, ut breviter videretur testator tres instituisse hæredes, & invicem eos substituisse, perinde ac si ità scripsisset: ille, & ille, & ille instituti hæredes, & substituti sunto.* Hinc Bartolus & alii dicunt, hanc substitutionem non esse speciem distinctam ab aliis, quas in se continet. Est ergo reipsâ complexum quoddam ex pluribus simplicibus substitutionibus, quod paucis verbis exprimitur.

Definitur proinde non malè à P. Molina d. 191. Composita multarum personarum ad invicem, seu Reciprocè substitutio. Vocatur autem etiam *Reciproca* in lege 4. §. 1. *ff. de vulg. subst.* ibi. *Nam si pater duos filios impuberes hæredes instituat, eósque invicem substituat in utrumque casum, Reciprocam Substitutionem factam videri.* Quomodo autem differat à *Compendiosa*, patebit ex seq. Controv. nempe Reciproca est quasi retroducta, repetita, & reflexa inter personas, & ex his multiplicatur, Compendiosa verò continet plures substitutiones per respectum ad diversa tempora, & eventus.

162. QUÆRITUR ergo 1. Quibus verbis fiat hæc substitutio. ℞. Fieri illis verbis quibus sufficienter exprimitur, duos sibi invicem substitui: unde & hæc forma sufficeret. *Cajum & Sempronium hæredes instituo, & uter ex eis alteri supervixerit, substituo.* sicut & hæc, quæ in Germania frequens est. *Hos & hos hæredes instituo, & si quis inter eos decesserit, bona mea ad reliquos deveniant.*

163. QUÆRITUR 2. Quales simplices substitutiones contineat hæc breviloqua, quandoquidem, ut benè notat Duarenus, in quavis enumeratarum specierum simplicium fieri, & adaptari potest, modò sint plures instituti in eodem gradu. ℞. Hoc ex qualitate personarum, & aliis circumstantiis colligendum esse, nec pigebit hoc in exemplis declarare. Itaque si personæ sint æqualis conditionis, hoc est ejusdem substitutionis capaces, v.g. duo emancipati, duo exhæredati, duo impuberes, duo puberes, &c. tunc ad alias etiam circumstantias attendendum est. Nam aliquando breviloqua continet tantùm duas vulgares, ut cùm extranei instituuntur, & mutuò substituuntur verbis directis ut dicit Zasius. Ego tamen, etsi sciam hanc esse communem opinionem, theoricè tamen loquendo censeo, quòd talis reciproca substitutio quandoque contineat fideicommissariam, ut docet etiam Ferdinandus Vasquius & P. VVadingus: quia verbum *Substituo* est verbum commune, tam directum, quàm obliquum sensum recipiens, & quia alioquin sæpè talis substitutio inutilis esset: quia altero non adeunte hæreditatem, hoc ipso alteri pars ejus accrescit absque substitutione: ergo pro hoc casu esset substitutio inutilis: ergo ut sit utilis, debet esse pro casu quo alter adit hæreditatem: ergo debet prodesse ut fideicommissaria. Idem est, si in Codicillis fieret. Uno verbo. Quia testatur, ut in simili suprà dixi, censetur favere voluisse substituto, ideo si huic magis expediat substitutionem esse vulgarem, talis præsumetur facta, sin verò expediat esse fideicommissariam, præsumetur talis facta esse.

Secundò, Breviloqua duas vulgares continet, & nullam pupillarem, si duo impuberes, sed emancipati substituantur invicem: emancipatis enim non potest pupillariter substitui, quia non sunt in patria potestate. Tertiò, duas pupillares continet & non vulgares, si filiis impuberibus exhæredatis invicem substituatur, tunc enim vulgares includi non possunt, quia exhæredati non possunt esse hæredes: atqui deberet alteruter posse esse hæres, ut vulgaris substitutio locum haberet. Quartò, si duobus mente captis fiat reciproca substitutio, breviloqua continebit quatuor substitutiones: v. g. si pater dicat: *Instituo filios meos mente captos, & si in furore decesserint, eos invicem substituo.* Si filii sint puberes, quatuor ad minimum substitutiones continebuntur, duæ vulgares, & duæ exemplares: nam tantùm exemplares esse non possunt, quia exhæredari non possunt: ergo debet vulgaris concurrere cum exemplari in qualibet persona, ut post Jasonem notavit idem Zasius. Sed hîc iterum

iterum ego non video utilitatem substitutionis vulgaris, nisi in casu quo adhuc alius cohæres esset datus. Nam si alteruter ad mentem rediret, & nollet esse hæres, alter acquireret ejus partem jure accrescendi: quid ergo servir substitutio vulgaris? Quintò, potest breviloqua substitutio continere sex, vel etiam octo substitutiones: v.g. si duobus filiis impuberibus breviloquè substituatur hoc modo. *Vos invicem substituo quandocunque alter ex vobis decesserit.* hic (saltèm si cohæredem habeant) continentur duæ vulgares si non adeatur hæreditas: item continentur duæ pupillares, si adeatur hæreditas, & moriantur in pupillari. Item continentur duæ exemplares, si post tempora pubertatis in furore decessetint: item continentur duæ compendiosæ, si cessent esse in furore, & post tempora pubertatis moriantur, tunt enim per fideicommissum substitnti accipient bona, ut dicetur Controv. seq. Numerus harum substitutionum cresceret, si plures filii instituerentur, & substituerentur breviloquè, adeo, ut si v. g. quatuor filii sibi substituerentur, continerentur triginta duæ substitutiones. Et hæc de personis æqualis conditionis.

164. Quodsi fiat breviloqua substitutio in personis inæqualis conditionis, ob quam una non est capax substitutionum, quarum altera capax est, v. g. quando una est impubes, alter verò pubes, ac proinde incapax substitutionis pupillaris, tunc, ut jam supetiùs in pupillari substitutione notavi, non continet breviloqua nisi illas substitutiones, quarum utraque capax est. Habetur in lege 4. §. 2. jam superiùs adducta. Itaque in tali breviloqua non censetur facta substitutio, nisi in casum non aditæ hæreditatis, sive in casum quo moreretur unus ante aditam hæreditatem: unde si impubes post aditam hæreditatem moreretut ante pubertatem, evanesceret substitutio, & ei succederetur ab intestato, excluso substituto, si hic non sit aliis vicinior. Ratio redditur in lege: *Ne sit impar conditio utriusque.* si enim pubes post aditam hæreditatem moreretur, impubes ei non succederet, quia pubeti non potest substitui pupillariter; econtra tamen si impubes decederet post aditam hæreditatem, pubes illi etiam ex pupillari succederet, & sic alter gauderet duplici, alter tantùm unâ substitutione, quod videbatur meritò iniquum, & contra intentionem substituentis.

165. Sed quidsi substituantur reciprocè duo impuberes, & unus pubes? Communis est sententia post Bartolum, quòd inter duos impuberes pupillaris locū non habeat, propter imixtionem puberis, qui est imparis ætatis. ne una res redigatur ad par & impar. Neque præsumitur testator voluisse illos pupillariter substituere, quando sciens adjunxit puberem. Contrarium tamen æquè probabiliter tenet Ferd. Vasquius *lib. 2. §. 19. n. 5.* pluribus citatis, ob contrariam præsumptionem voluntatis testatoris, quòd voluerit substituere pares omni modo, quo essent substitutionis capaces. & hoc mihi probabilius videtur. Illud magìs certum est, quòd, si dum fieret substitutio, paritas erat inter fratres, etiamsi post mortem testatoris unus ante alterum ad pubertatem perveniat, non propterea exspiret pupillaris in persona alterius, quia jura considerant inæqualitatem, vel æqualitatem, quæ erat initio substitutionis, non quæ postea supervenit. Et hoc putat Bartolus cum aliis adeo verum esse, ut procedat, etiamsi unus esset unius anni, alter tredecim annorum. Probatur autem hoc à pari ex lege 9. §. 1. *v. non item. ff. de duobus reis constit.* ubi dicitur, quòd si duo rei constituuntut rectè ab initio, tunc, etiamsi postea incidat inæqualitas, propter hoc non vitietur duorum reorum obligatio. Et hanc putat Zasius esse ipsam veritatem, *quamvis*, inquit, *Doctores usque ad fatigationem certent, dum quisque indulget capiti suo.*

Ex dictis infero contra Bartolum cum Baldo, quòd si pater alterutrū ex impuberibus emanciparet, etiamsi ad hoc cogeretur, fortè quia mater in testamento hoc requirit, cessaret & evanesceret substitutio pupillaris in utroque, quia emancipato non potest substitui pupillariter, ut suprà dictum.

166. QUÆRES tamen hic ulteriùs. Quidsi pater substituat breviloquè duos filios, quorum alter est impubes, alter verò pubes, sed mente captus, an talis substitutio contineat pupillarem in pupillo, & exemplarem in furioso? Negat Bartolus & ejus sequaces. Verior est affirmativa quæ est communis post Joannem de Imola, & hoc favore substitutionum, quæ debent ampliari, non restringi. Neque obstat, quòd sit aliqua dissimilitudo inter exemplarem & pupillarem substitutionem, quia quoad præsens punctum est sufficiens similitudo.

167. QUÆRITUR nunc 3. Si testator instituat filias suas in re certa, & filios suos instituat hæredes universales, deinde dicat: *Vos invicem substituo.* An sub ista breviloqua universali comprehendantur etiam filiæ, quæ sunt hæredes in re certa. Aliqui affirmant. Sed communis sententia post Bartolum negat filias comprehendi. Ratio est, quia filiæ in hoc casu habentur instar legatariorum, quando illis conjuncti sunt hæredes universales, ut videtur habere glossa in *L. ex facto. de vulg.* & quia hæres in re certa non habet jus accrescendi cum institutis *arg. l. 1. §. 4. ff. de hered. inst. Si ex fundo fuerit quis solus institutus, valet institutio detractâ fundi mentione.* Ego credo hanc sententiam veram esse in iis locis, ubi vel consuetudo, vel statutum obtinet, ut filiæ non succedant æqualiter cum masculis: at verò de Iure communi, cùm filiabus debeatur legitima titulo institutionis, meritò posset dubitari; & videtur dicendum, quòd saltèm filiæ essent invicem substitutæ in quantum posset

possét substitutio aliqua utilis esse, & fratres invicem, & hoc ex præsumpta voluntate testatoris, qui sicut filias minùs honoravit & amavit, quàm filios, ità videtur filias specialiter amâsse in illa re, in qua illas instituit, adeoque videtur in illa substituisse. Confirmabitur hæc mea præsumptio ex sequenti resolutione. Itaque.

168. QUÆRITUR 4. Si in eodem testamento fiant plures ordines hæredum, ità ut v. g. duo instituantur in sextante, duo postmodum in triente, & iterum duo in semisse, & denique subjiciat testator; *& hos hæredes meos invicem substituo*: quomodo sit substitutio accipienda, an ità, ut uno non futuro hærede, omnes admittantur ad ejus partem, vel respectivè ad illos, qui conjuncti sunt, ità ut primi sibi solis in semisse, & sic de cæteris, substituti censeantur, & ex mente testatoris præsumantur, adeoque si ex duobus primis unus decederet ante aditam hæreditatem, vel eam repudiaret, non admitteretur alius quàm qui in semisse cum illo institutus fuerat. ℞. Hunc solum admitti, & habetur satis apertè in lege 41. §. 4. *de vulg.* [Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ità scripsit: quos hæredes meos invicem substituo: conjunctos primo loco vice mutuâ substituere videtur: quibus institutionis partem non agnoscentibus cæteros omnes hæredes admitti.]

Dices: Ergo si quis ex priore conjuge duos v. g. liberos haberet, & etiam duos vel plures ex secunda, & in testamento omnes simul hæredes institueret, & invicem substitueret, censerentur liberi prioris matrimonii non substituti liberis posterioris matrimonii, nec econtra, quia sunt ab invicem Iure sanguinis disjuncti; & diversimodè conjuncti in diverso ordine. ℞. Negando paritatem; nam Resolutio procedit de conjunctione & sejunctione facta non Iure sanguinis, sed voluntate hominis.

169. QUÆRITUR 5. Si quis duobus simul legaret rem certâ, v. g. fundum, & gravaret, ut qui ultimus moreretur, fundum alteri restitueret, quæritur, inquam, an ipsi legatarii censerentur breviloquè, seu reciprocè sibi substituti. ℞. Affirmativè, & ità est intelligenda lex 8. §. 2. ff. de legatis. 2. *Seja libertis suis fundum legavit, fideique eorum ità commisit*. Fidei autem vestræ, verè & sapidè, committo, ne eum fundum vendatis, eúmque qui ex vobis ultimus decesserit, cùm morietur, restituat Symphoro, &c. quos manumisi, &c. [quæro, cùm nec in prima parte testamenti, quâ fundum prælegavit, eos substituit, in secunda tamen adjecerit verbum: *qui ultimus decesserit*: an pars unius defuncti ad alium pertineret. Paulus respondit, testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse, unum ut is qui ex duobus prior morietur, alteri restituerit: alterum, ut novissimus his restitueret, quos nominatim postea enumeravit.]

170. QUÆRITUR 6. Si testator instituens duos filios dicat: *si uterque impubes decesserit, substituo eis Titium*: an statim ac quicunque eorum moritur, pars ejus ad Titium deveniat. ℞. Negativè; sed potiùs ex præsumpta voluntate censeretur facta pupillaris inter filios substitutio: nempe quia præsumitur hic affectus erga filios, per legem. *L. 10. C. de impub. subst. Cum quidam duorum impuberibus filiis suis hæredibus institutis adjecit*: Si uterque impubes decesserit, illum sibi hæredem esse. [Dubitabatur, utrumne tunc voluerit substitutum admitti, cùm uterque filius ejus in prima ætate decessit: an alterutro decedente, illico substitutum in ejus partem succedere, & placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cùm uterque decesserit: cogitâsse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere. Nos ejusdem Sabini veriorem sententiam existimantes, non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima ætate decesserit.] Ergo potiùs unus frater censetur alteri pupillariter substitutus. Et hoc præsumitur propter specialem affectum parentis erga filios, secùs dicendum de aliis institutis, habentibus substitutum communē, per legem *fin. §. filium. ff. de Legatis*. 2. tunc enim uno moriente, vel non adeunte hæreditatem, ejus pars statim ad substitutum deveniret, ex præsumpta voluntate Testatoris.

CONTROVERSIA VIII.

De Substitutione Compendiosa & Militari.

SUMMARIUM.

Efinitio P. Molina. 171.
Quomodo specialiter competat militi. 172.
Quot substitutiones includantur illis verbis: Quandocunque filius decesserit. 173.
Si miles substituat filio directè post pubertatem, an excludatur mater. 174. 175.
Conciliatur lex 15. ff. de vulg. lege 8. C. de impub. subst. 176.
Quot modis possit fieri extensio substitutionis compendiosæ ad plura tempora. 177.
An substitutio compendiosa facta verbis obliquis, contineat præter fideicommissariam etiam aliam speciem. 178.
Quidsi substitutio fiat verbis directis civilibus: Filius meus hæres esto, & quocunque tempore è vita decesserit, sit hæres Joannes. 179. *& seqq.*
Quid juris, si pater filio impuberi substituat directè sub hac conditione: si sine liberis decesserit. 185.
Quid

Quid juris ſi compendioſè ſubſtituatur filio impuberi in re certa aut portione determinata. 186.
Item ſi teſtator plures ſubſtituit filio, alios verbis directis, alios obliquis, alios communibus. 187. *& ſeqq.*
Item, quid juris, ſi teſtator inſtituit pupillum ſuum filium, adjiciendo, quòd ſi vel moriatur ſine liberis, vel liberi moriantur ſine liberis, reſtituantur ſua bona Titio, jure fideicommiſſi. 192.

171. DEfinit hanc P. Molina d. 192. Eſt ſubſtitutio, quæ plures quoad diverſa tempora ſubſtitutiones complectitur, verbis saltèm generalibus expreſſas, v. g. *Inſtituo hæredem filium meum, & quandocunque mortuus fuerit, ſubſtituo illi Sempronium.* quo caſu ſi filius non ſit hæres, datur ſubſtitutio *vulgaris*: ſi ſit hæres, & in ætate pupillari decedat, datur *Pupillaris*: ſi poſt pubertatem fiat impotens teſtandi ex amentia, datur exemplaris, ſi ſine amentia decedat, datur fideicommiſſaria. Et quia hæ omnes ſubſtitutiones expreſſæ ſunt verbis generalibus: *Quandocunque, &c.* differt Compendioſa à Vulgari & Pupillari, quia harum una alteram non verbis, ſed ſolâ interpretatione & præſumptione voluntatis teſtatoris comprehendit. Per priora autem verba differt à Reciproca, ut jam præced. Contr. dictum: vel, ut Zaſius & alii volunt, differt à Breviloqua ſeu Reciproca, quòd hæc non explicatur niſi ad minus in duabus vel pluribus perſonis, ad Compendioſam verò ſufficit, inſtitutam eſſe unam perſonam. Dicitur complecti plura tempora, quod eſt intelligendum cum reſpectu ad conditionem & qualitatem perſonæ, à qua dicitur aliud tempus impubertatis, aliud pubertatis, aliud amentiæ, aliud ſanæ mentis, &c.

Advertendum hîc eſt, hanc Compendioſam Subſtitutionem competere militi ſpeciali quodam modo. Quinam autem hodiè illi milites ſint, qui his militum privilegiis gaudeant, eſt magna dubitatio, & Juriſtæ inter ſe non conveniunt, nam aliqui ut Lancell. Politus, nolunt illis gaudere milites noſtri temporis, qui ſtipendium accipiunt. Ob hanc incertitudinem non videtur expediens, diu immorari in explicandis hujusmodi privilegiis: ſed neque tamen ſunt omnino tacenda.

172. Eſt ergo privilegium militis, & ſanè magnum, quòd poſſit hæredi à ſe inſtituto, quicunque ille ſit, ſive filius, ſive extraneus, ſive impubes, ſive major natu, ſubſtituere directè, & etiam ad tempus quod illi placuerit, ità quidem, ut etiamſi dicat, quòd poſt tale tempus ſubſtituat Cajū Titio, adhuc hæc ſubſtitutio ſit directa, adeoque ſubſtitutus accipiet bona teſtatoris elapſo tempore, unà cum fructibus in hæreditate repertis: accipiet, inquam, jure directo, manu & authoritate propriâ. Habetur hoc privilegium in *l. 41. ff. de Teſtam. mil.* princ. *Miles ità hæredem ſcribere poteſt*: Quoad vivit Titius, hæres eſto, poſt mortem ejus Sepricius. *Sed ſi ità ſcripſerit.* Titius usque ad annos decem hæres eſto. [Nemine ſubſtituto, inteſtati cauſa poſt decem annos locum habebit. Et quia diximus, ex certo tempore, & usque ad certum tempus milites poſſe inſtituere hæredem, his conſequens eſt, ut antequam dies veniat, quo admittatur inſtitutus, inteſtati hæreditas deferatur. Et quod in bonorum portione ei licet, hoc etiam in temporis ſpatio, licèt non modicum ſit, ex eodem privilegio competat.] Hæc itaque militaris ſubſtitutio eſt maximè propriè & ſtrictè *compendioſa*, & diſtincta ſpecies ab aliis ſubſtitutionibus.

173. Jam, ſi miles ſubſtituat filio impuberi his verbis: *Quandocunque deceſſerit*: includuntur Iure communi tres ſubſtitutiones directæ, vulgaris, pupillaris, exemplaris. Sive enim inſtitutus non ſit hæres, ſive ſit, & in pupillari, ſive ſurore moriatur, ſubſtitutus jure communi ſuccedet. Si verò nihil horum acciderit, & inſtitutus poſt pubertatem moriatur, ſubſtitutus accipiet bona teſtatoris cum fructibus inventis in hæreditate ipſius poſt mortem inſtituti: alia autem ejusdem puberis bona vel accipient hæredes ab inteſtato, ſi nullum teſtamentum fecit, vel ſi fecit, hæres teſtamentarius. Et hic eſt ſenſus legis 15. *ff. de vulg.* *Centurio filiis ſi intra quintum & vigeſimum annum ætatis ſine liberis vitâ deceſſerint; directò ſubſtituit: intra quatuordecim annos etiam propria bona filio ſubſtitutus jure communi capiet: poſt eam autem ætatem ex privilegio militum, patris duntaxat, cum fructibus inventis in hæreditate.* quæ lex etiam procedit quoad ultimum, ſi miles puberi militariter ſubſtitueret.

Itaque ex Iure gaudet miles hoc privilegio, ut poſſit etiam extraneo, nedum filio, etiam in caſum aditæ hæreditatis ſubſtituere alium, & illi facere teſtamentum eo modo, quo diximus pupillis poſſe pupillariter ſubſtitui, ſed cum hoc diſcrimine, quòd in ſubſtitutionibus hujusmodi factis extraneo poſt aditam hæreditatem, aut filio poſt pubertatem, tantùm veniant illa bona, quæ provenerunt ab ipſo milite teſtatore, unà cum fructibus horum bonorum, non verò quæ hæres alio titulo habet.

174. Controverſia gravis eſt, an, ſi miles ſubſtituat filio poſt pubertatem directè, per talem ſubſtitutionem excludatur mater, ſicut ſuprà diximus eam excludi in ſubſtitutione pupillari ſtrictè dicta. Prima ſententia eſt Cujacii *lib. 12. obſerv.* 27. & lib. 11. obſer. 25. negantis poſſe militem directè ſubſtituere poſt pubertatem, ſed putat ſemper reſolvi in fideicommiſſariam. Sed hæc ſententia eſt contra communem, & contra jura jam citata, nempe legem 15. ff. de vulg. Secunda ſententia eſt, militem poſſe quidem directè inſtituere poſt pubertatem, ſed

non nisi eo casu, quo non ampliùs extat mater hæredis: hac enim vivente converteretur in fideicommissariam. Ità multi DD. sed iterum cum aliquo discrimine. Nam Bartolus putat, quòd si miles per verba directa substituisset filio, tunc ei post pubertatem mortuo succedat substitutus in bonis testatoris exclusâ matre. Sin autem testator miles substitutum per verba communia vocâsset (ut est verbum *Substituo.*) tunc substitutio favore matris obliquaretur, & sic mater in bonis per filium relictis succederet, sed substitutus bona testatoris peteret à matre jure fideicommissi. Ad ità asserendum inducuntur duabus legibus, quarum una est in Digestis, nempe lex *Centurio.* 15. jam citata, & altera in Codice nempe lex *Precibus.* 8. *C. de Impub. substit.* quæ alioquin videntur inconciliabiles.

175. Communior & verior sententia est, per substitutionem directam factam puberi à milite etiam terminis communibus matrem excludi. Probatur fortiter ex lege 28. *ff. de test. milit.* ubi decisum est, militem posse substituere suo filio quemcunque velit, etiam vivente avo: si ergo potest excludere avum, à fortiori & matrem. Verba legis sunt. [Cùm filiusfamilias miles decessisset, filio impubere hærede instituto, eique substituisset in avi potestate manenti, tutorésque dedisset: Divi Fratres rescripserunt, substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere: quia hæreditati quidem suæ miles, qualem vellet substitutionem facere potest, veruntamen alienum jus minuere nō potest.]

176. Tota difficultas est in conciliandis duabus legibus jam nominatis, quæ videntur sibi contrariæ: nam in lege *Centurio.* 15. *ff. de vulg.* dicitur, militem directè posse substituere post pubertatem: ergo vi hujus legis excluderetur mater. Econtra in lege *Precibus.* dicitur, posse substitutos repetere à matre puberis filii jure fideicommissi bona, quæ ad maritum militem spectabant: ergo mater non excluditur, sed matre vivente mutabitur substitutio directa in fideicommissariam.

Nicolaus de Passeribus, folio mihi 949. n. 88. dicit, omnes falli qui putant, inter has leges aliquam esse contrarietatem: quod quidem ego etiam existimo; sed debebat hic Auctor, ut in prioribus solebat, ostendere probabiliorem modum eas conciliandi. Omissis variis conciliandi modis, quos refert Acosta, ille est probabilior quem idem auctor amplectitur, & post eum Menochius aliique, nempe quòd in lege *Precibus*: testator usus sit formâ substitutionis pupillaris directâ, in casu verò legis *Centurio*, usus sit directâ militari in forma Substitutionis Compendiosæ. Porrò, nec militi concessum est substituere pupillariter ultra pubertatem per formam substitutionis pupillaris, v. g. dicendo. *In quacunque ætate decedet filius meus hæres; ei sit hæres Titius.* sed tantùm conceditur illi, ut possit directè militariter, & quasi specie quadam innominatâ seu anomolâ substituere, & quoad bona testatoris tantùm. Verùm de hac intricata quæstione, & hodie parùm utili, satis, quia sine divinatione vix aliquid dici potest. Videantur ea, quæ suprà circa legis *Precibus.* intellectum dicta sunt.

Relictis ergo militibus, ad Substitutionem Compendiosam prout à Paganis fieri potest, redeamus. Et quidem de tribus effectuum generibus agendum erit. Primò, quid efficiat substitutio compendiosa per verba directa. Secundò, quid efficiat per verba communia. Tertio, quid per verba obliqua. Verba directa sunt, quando ex vi eorum substitutus propriâ manu & auctoritate capit hæreditatem, nec opus habet alterius ministerio, à quo tanquam hærede ea accipiat, v. g. *Si filius moriatur, Titius hæres esto: habeto omnia bona.* vocantur etiam verba *Civilia*, quia in legibus usitata. Communia sunt, quæ secundùm subjectam materiam & Circumstantias apta sunt significare tam obliquam, quàm directam substitutionem. ut: *Substituo. Succedat. Perveniat. Devolvatur. Competat. Habeat. Pertineat. Potiatur. Relinquo. Remaneat.* De Obliquis dictum controv. 6: talia sunt rogatoria: item verbum, *Detur. Restituat.*

177. Substitutio compendiosa fit semper per extensionem ad plura tempora, ut in ejus definitione dictum. hoc autem potest fieri tripliciter. Primò, *expressa per generalitatem verborum.* & exprimitur per vocem: *Quandocunque morietur.* Secundò, potest fieri expressa per specialitatem verborum: v. g. *Instituo filium, & substituo ei Titium vulgariter, pupillariter, exemplariter, & fideicommissariè.* Tertiò, potest fieri *Tacitè* v. g. *si filius meus moriatur, hæres sit Titius.*

178. QUÆRITUR 1. An substitutio compendiosa facta verbis obliquis, cōtineat præter fideicommissariam etiam aliam speciem substitutionis. Ratio dubitandi est, quia continet adhuc plura tempora, dum dicit v. g. *Quandocunque filius morietur, mea bona restituantur Cajo.* Nihilominus Respondetur, non continere nisi fideicommissariam, nisi fortè (ex probabili quorundam sententia) substituta esset causa pia, quo solo casu, si filius impubes decederet, illius bona caperet substituta causa pia, tanquam ex tacita pupillari, ex probabili quorundam sententia. alius autem quicunque substitutus non caperet nisi per modum fideicommissi bona à patre acquisita, & quidem ea caperet ab hæredibus ab intestato, detractâ Trebellianicâ. Ratio est, quia verba obliqua non fiunt directa, sicut ex præsumpta voluntate quandoque verba directa obliquantur.

179. QUÆRITUR 2. Et difficiliùs, si substitutio compendiosa fiat verbis directis civilibus, hoc modo. *Filius meus hæres esto, & quocunque*

cunque

cunque tempore è vita decesserit, sit hæres Joannes. Certum quidem est, contineri substitutionem pupillarem, si impubes decedat. Certum etiam est, contineri vulgarē, si post pubertatem, hæreditate repudiatâ decedat. Sed dubitatur si an hæreditate agnitâ decedat, contineatur fideicommissaria, vel an potiùs tota substitutio evanescat: vulgarem enim evanescere clarum est, quia paganus non potest pro tali casu substituere directè. Prima sententia est Glossæ, & valde communis, quòd tota substitutio exspiret & evanescat, adeo ut substitutus ne quidem per viam obliquam quidquam consequatur. Et quidem hæc sententia habet pro se textus non contemnendos: & præcipuè quidem nititur lege 7. *ff. de vulg.* ubi dicitur. *Verbis civilibus substitutionem post quartum decimam annum ætatis frustra fieri convenit.* Deinde adducitur l. 14. eod. *In pupillari substitutione licèt longius tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertatis.* Denique argumentatur Zasius. Quòd testator usus verbis directis & civilibus, si voluit facere fideicommissum, provenit ex ejusdem imperitia: atque propter imperitiam testatoris non debent mutari solennia.

180. Secunda sententia est, quòd substitutio compendiosa facta filio impuberi verbis directis, *quandocunque decesserit*: intra annos pupillares valeat jure directo: post annos pubertatis verò obliquetur, & consistat jure fideicommissi. Hæc est etiam valde communis opinio Juristarum, quam ex Theologis sequuntur P. Molina & P. VVadingus, dicentes, priorem esse veriorem de rigore Iuris, posteriorem verò esse æquiorem. Quam distinctionem in præsenti puncto non possum probare. Fatentur enim hi ipsi Doctores, in præsentibus quæstionibus unicum fundamentum esse debere, Præsumptionem de mente Testatoris, præsumptionem autem esse debere illam, quæ est Iuri conformior, quia est Præsumptio Iuris: si ergo prior opinio est Iuri conformior, secundùm illam est tamdiu præsumendum, quamdiu contrarium non probatur, nam Præsumptio Iuris admittit probationem in contrarium. Ergo vel est à Iudice præsumendum secundùm primam sententiam, vel est ad illius fundamenta & jura adducta respondendum, & sic prior sententia ne quidem in rigore Iuris erit verior.

181. Vdalricus Zasius conatur duas illas sententias conciliare hoc modo: quòd prima opinio vera sit quoad bona pupillaria, in quibus certum est patrem non posse pupillariter substituere filio post pubertatem, cùm id ne militi quidem concedatur, magis cæteroquin privilegiato, & ratio est, quia substituere pupillariter non licet nisi illi, & pro illo tempore, quo pupillus ipse testari non potest: ergo substitutio pupillaris adveniente pubertate extinguitur. Posterior verò opinio, secundùm Zasium procedit quoad bona testatoris, quæ jure fideicommissi cum fructibus post mortem filii inventis substituto debebuntur, non obstantibus verbis directis. capiet autem hujusmodi bona substitutus ex manu hæredum, qui filio ab intestato succedent salvâ Trebellianicâ.

182. Verùm, hæc non est sententiarum harum conciliatio, sed plena assertio & prælatio secundæ contra primam. Nam auctores secundæ sententiæ non dixerunt, quòd substitutus esset capturus bona pupillaria jure indirecto seu fideicommissi, sed hoc de solis bonis paternis dixerunt, & in hoc solo priori opinioni se opposuerunt, in quo consentit Zasius: ergo Zasius nihil tribuit primæ sententiæ, quod non tribuant omnes: ergo non conciliat AA. nam conciliatio est quasi Compositio & transactio utrique parti aliquid tribuens, & aliquid negans.

183. Vt autem meum sensum aperiam, dico priorem opinionem non solùm Juri conformiorem esse, sed etiam Intentioni testatoris, & esse præsumendum, quòd non voluerit fideicommisso gravare hæredes ab intestato, ne quidem quoad sua propria bona, in quibus filius hæres extitit, & cum suis aliis bonis confudit. Ratio est, quia videtur pater utendo verbis directis compendiosis: *quandocunque filius decesserit Cajus hæres esto*: noluisse prospicere illi casui, quo filius hæreditatem suam agnovisset, sed unicè intentum fuisse in eum casum, quo vel filius decederet impubes, vel post pubertatem non esset hæres, quo casu sua bona essent substituti, bona pupillaria verò essent vel hæredum ab intestato, vel hæredum testamentariorum, si quod testamentum filius fecisset. Aliud dicendum esset, si verbis Communibus usus esset, quia hæc possunt etiam fideicommissariæ substitutioni aptari.

184. Quod si quis velit posteriori opinioni adhærere ex duabus relatis, respondere non incommodè poterit ad legem *Verbis civilibus.* ibi solùm dici, quòd per verba civilia frustra substituatur directè quoad effectum directæ substitutionis, quòd nempe non possit in casu controversiæ esse hæres directus; non tamen frustra absolutè. Quam interpretationem dat VVadingus, sed nemo non videt aliqualem illius duritiem.

185. QUÆRITUR 3. Quid Iuris, si pater filio impuberi substituat directè seu per verba civilia sub hac clausula & conditione: *si sine liberis decesserit.* In hac re Glossa in lege *Precibus.* cit. subtiliter existimat, hanc substitutionem non fore ullo modo pupillarem, sed merè fideicommissariam, adeoque si filius in impubertate decederet, substitutum penitus exclusum fore. Rationem dat, quia testator, cùm dixit: *si sine liberis decesserit*; præcogitâsse & providere voluisse censetur casum pubertatis, & non cogitâsse de pupillari ætate: quia hi tantùm, qui puberes sunt, tollere liberos possunt, non impube-

 tes,

res, & non dicitur sine liberis decedere, qui liberos habere non potest, sicut non dicitur intestatus mori, qui testari non potest. Contrarium tenet communis opinio: quia sufficit impuberem decessisse, ut dicatur sine liberis decessisse.

Ego, supposità primâ sententiâ paulò antè relatâ, & à me prælatâ, dicendum existimo, quòd talis substitutio esset merè directa duplex, pupillaris, & vulgaris, in casum, quo filius non agnitâ hæreditate sine liberis decesserit, adeoque ad eos hæreditatem non transmiserit, de quo solo casu videtur testator cogitâsse.

186. QUÆRITUR 4. Quid juris, si compendiosè substituatur filio impuberi in re aliqua certa, aut in portione determinata. ℞. Consentaneè ad dicta, distinguendo inter verba directa & communia. Si fiat verbis directis: *Si filius meus sine liberis decesserit, Cajus sit hæres in triente, vel in Fundo Tusculano*: tunc si filius sine liberis decedat, nec sit hæres, substitutus ex tacita vulgari succedet in tota hæreditate, quia pars trahit ad se totum. Quodsi substitutio facta sit per verba communia, tunc si filius sine liberis moritur, substitutus tantùm habebitur loco legatarii, quia est Regula Iuris quæ habetur in lege. cogi. §. *& generaliter. ff. ad Trebell.* quòd verbum commune adjectum certæ rei, non traba z ad universalem successionem.

187. QUÆRITUR 5. Quid juris sit, si testator duos vel plures substitutos dederit filio, aliquos per verba directa, aliquos per verba communia, & alios per verba obliqua, quomodo succedent, si in diversis substitutis diversa inveniatur substitutio? Hanc quæstionem vocat Bartolus *Terribilem*, ego mallem dicere, intricatam. difficultas enim non est major quàm in aliis, & ad eam accuratè respondet Zasius sequentibus Conclusionibus.

188. Prima Conclusio. Si pupillo fuerint dati duo substituti, unus per verba directa, in re vel portione certa, ut in fundo, triente: alius autem substituatur per verba obliqua in omnibus aliis bonis: v.g. *Filius meus impubes hæres esto, cui substituo Fabium in fundo Tusculano, & rogo, ut reliqua bona dentur Valerio.* hoc casu filio decedente, substitutus in re certa erit universalis hæres, & Valerius accipiet residua bona per fideicommissum ex manibus primi substituti, detractâ Trebellianicâ.

189. Secunda Conclusio. Si quis sit pupillariter substitutus per verba obliqua in re certa, vel portione certa, & alter substituatur in aliis bonis per verba communia, tunc ea substitutio per verba communia facta trahitur ad omnia bona, & verbum commune directabitur, cùm nullus alius sit hæres universalis. Exemplum. Testator, cùm instituisset impuberem, fecit duos substitutos. unum in re certa: *si pupillus intra pupillaria moriatur, vel non sit hæres, rogo detur fundus Tusculanus Fabio*: deinde substituit Cajum in residuo, vel dicit simpliciter: *Cajum substituo.* quod intelligitur *in residuo.* Cajus in universum succedet, & restituet Fabio fundum jure fideicommissi.

190. Tertia Conclusio, cùm testator instituisset pupillum, eique dedisset cohæredem, dedit ei duos substitutos, Titium in re, vel portione certa verbis obliquis, seu precatiis: Cajum autem substituit etiam in re certa, vel portione certa per verbum commune, non precarium: hi duo substituti redigentur ad fideicommissum: prior quidem, quia verbis obliquis est substitutus, posterior verò, quia quando adest cohæres universalis, verbum commune obliquatur, nec trahitur ad universalem successionem: nam testator non præsumitur voluisse facere damnum priori hæredi, qui fuit cohæres pupilli; & ideo iste cohæres succedit in universum, saltèm in bonis testatoris, & solvet substitutis, quæ relicta illis sunt Iure fideicommissi. Secùs esset, si nullus cohæres datus esset, tunc enim alter substitutus succederet in universum, & alteri solveret fideicommissum.

191. Quarta Conclusio, si impuberi instituto duo substituantur, Titius verbis directis, & civilibus, in re certa, Flavius verbis communibus etiam in re certa, Titius erit hæres universalis, Flavius erit instar fideicommissarii, & verbum commune obliquabitur, & à manu Titii accipiet portionem, seu rem relictam.

192. QUÆRITUR 6. Quid Iuris in hoc casu sit. Testator instituit pupillum suum filium, adjiciendo: quòd si vel moriatur sine liberis, vel habeat quidem, & moriatur cum liberis, sed hi liberi (nepotes sui) etiam moriantur sine liberis, restituantur sua bona Titio, jure fideicommissi. Quæritur, an Nepotes possint gravari fideicommisso. Ratio dubitandi maxima est, quia qui non honoratur, non potest fideicommisso gravari: sed nepotes non sunt honorati: quia nihil capiunt ex testamento: ergo non poterant gravari fideicommisso. Posse gravari tenet Bartolus, quamvis nonnihil dubius, & aliquando contrarium consuluerit. & reipsâ contrarium tenet Imola, aliique multi. Nihilominus probabilior est opinio Bartoli. Ratio est, quia reverâ præsumendus est, illos voluisse honorare, & instituisse hæredes, per Regulam, quòd qui vult consequens, vult etiam necessarium antecedens, hoc est, sine quo illud consequens obtineri non posset. atqui fideicommissum obtineri non posset, nisi nepotes etiam essent hæredes instituti, vel saltèm substituti Iure fideicommissi. ergo, &c. Itaque testator habuit pro indubitato, quòd filii essent futuri hæredes sui patris, & sic voluit gravare hæredem hæredis, quod fieri posse patet ex suprà dictis. Unde præsumitur, quòd si scivisset, quòd nepotes non essent futuri hæredes, procul dubio eos non gravâsset. Et hæc de Substitutionibus.

CAPUT

(I. H. S.)

CAPVT II.

DE CODICILLIS.

CONTROVERSIA I.

De Natura & Differentia Codicilli à Teſtamento.

SVMMARIVM.

Codicilli definitio. 193.
In Codicillo nec dari nec adimi poteſt hæreditas. eod.
Poteſt in illis exprimi cauſa privandi hæreditate· & tunc portio adjudicatur fiſco. 194.
In quibus ſolennitatibus differat Codicillus à Teſtamento. 195.
An adjectâ clauſulâ codillari, ſufficerent pauciores teſtes in teſtamento imperfecto. 196.
An in Codicillo cæci ſufficiant quinque teſtes. 197.
An teſtes debeant eſſe in conſpectu codicillantis. 198.
An fœmina poſſit eſſe teſtis in Codicillo. 199.
An requirantur 5. *teſtes in codicillo facto inter liberos.* 200.
An teſtes ſint de ſubſtantia. 201.

Solent Codicilli vulgò dici Teſtamentum imperfectum, ſed hoc nomen non merentur, niſi latiſſimè accipiendo teſtamentum, pro quacunque ſpecie ultimæ voluntatis.

193. Codicilli variæ definitiones dantur. Cujacius definit: *Teſtati vel inteſtati voluntas minùs ſolennis.* In qua definitione non exprimitur differentia Codicilli à donatione causâ mortis, quo vitio laborant plures aliæ definitiones, quas proinde non refero. Ego definirem, quòd ſit *ultimæ voluntatis ſpecies, quâ ob defectum ſolennitatum directè hæreditas nec dari, nec adimi poteſt, bene tamen indirectè, ſicut & legata relinqui poſſunt.* Quamvis hæc ultima verba in rigore non eſſent neceſſaria. Quando ergo aliqua ultima diſpoſitio quoad ſolennitates ità præcisè confecta eſt, ut ſi in illa fideicommiſſum univerſale relinqueretur, illud valeret, vel ſi in ea exprimeretur cauſa exhæredationis ſufficiens, ut eâ probatâ poſſet etiam hæredi neceſſario tanquam indigno adimi hæreditas, talis diſpoſitio dicitur Codicillus, ſive deinde reverâ talia poſita ſint ſive non, ſed ſola legata relicta ſint. Declarabitur in ſequentibus, ex quibus apparebit, ea quæ alii ponunt in definitione Codicilli, non eſſe primam & radicalem differentiam eſſentialem Codicilli à Teſtamento, v. g. ponunt communiter omnes, quòd ſit *voluntas minùs ſolennis.* atqui etiam teſtamentum inter liberos poteſt eſſe voluntas minùs ſolennis, & imperfecta, & tamen eſt verè teſtamentum. Hoc autem quod eſt: poſſe tantùm indirectè inſtitui hæredem, ſeu fideicommiſſum relinqui, facit differre primò & principaliter à teſtamento, in quo hæreditas directè relinquitur, imò de eſſentia eſt relinqui. Hinc autem proveniunt reliquæ minùs principales, & quaſi accidentales differentiæ.

Quòd Codicillis hæreditas directè, nec dari, nec adimi poſſit, habetur §. 2. *Inſt. h.* t. ubi planè exprimitur id, quod nos pro defenſione noſtræ definitionis diximus. ſic habet. [Codicillis autem hæreditas nec dari, nec adimi poteſt: ne NB. confundatur Ius teſtamentorum & Codicillorum, & ideo nec exhæredatio ſcribi. Directè autem hæreditas codicillis neque dari, neque adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hæreditas codicillis Iure relinquitur. Nec conditionem hæredi inſtituto codicillis adjicere, neque ſubſtituere directò quis poteſt.] Ratio hujus ultimi eſt, quia hoc jam eſſet aliquo modo directè adimere hæreditatem.

194. Quòd autem poſſit teſtator Codicillo ſignificare, hæredem à ſe inſtitutum commiſiſſe delictum aliquod, ob quod dignus ſit, ut privetur hæreditate, eáque de cauſa velle, ut privetur hæreditate, habetur in *lege* 4. *C. de his quibus ut indignis.* [Hæreditas teſtamento, data per Epiſtolam vel Codicillos adimi verbis directis non potuit. Quia tamen teſtatrix voluntatem ſuam non meceri unum ex hæredibus ſuis declaravit, meritò ejus portio non jure ad alium tranſlata, fiſco vindicata eſt.] Hæc porrò non eſt exhæredatio, ut patet: requiritur enim ſententia condemnatoria, & portio adjudicatur fiſco, non accreſcit cæteris.

195. Porrò à Teſtamento ſolenni differt inſuper Condicillus maximè in ſolennitatibus. In Codicillis enim ſufficiunt quinque teſtes, nec

opus est, ut ad hoc sint specialiter rogati. *[L. fin.* §. 3. *C. h. t.* [In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati, vel qui fortuitò venerint, in uno eodémque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.] Sigillatio tamen non requiritur.

196. QUÆRES 1. An pauciores testes sufficerent, si quis testamento imperfecto clausulam codicillarem adjiceret. ℞. Negativè, ut communiter tradunt Interpretes in legem 1. *ff. de Iure Codic.* debet ergo ad minimum habere illas solennitates, quæ requiruntur ad Codicillum.

197. QUÆRES 2. An in Codicillo cæci etiam sufficiant quinque testes. Affirmant Paulus Castrensis, Salycetus & Jason. Negativa est communior, quam tenet Vasquius *Controv. illustr. lib.* 3. *c.* 103. *n.* 13. qui proinde volunt, totidem requiri, quot in testamento eorundem: sed ego non invenio pro hac sententia solidum fundamentum; & quia pro Cæcorum Codicillis nihil speciale statutum est, sicut pro testamento, potiùs videtur favendum eorum Codicillis; saltèm si superaddatur testis, qui in eorundem testamentis supra communem numerum addendus est, ut putat P. Molina.

198. QUÆRES 3. An testes debeant eodem modo esse in conspectu Codicillantis, sicut debent esse in conspectu testantis. Affirmat Decius Consil. 354. Communissima tamen sententia negat, quia nullo jure hoc requiritur sicut in Testamentis, & quia de Codicillis dicitur, quòd nullam solennitatem ordinationis requirant, ut postea explicabimus, unde hæc sententia confirmabitur.

199. QUÆRES 3. An fœmina possit esse testis in Codicillo. Negat Ant. Perez. n. 3. sed cum communi sent. ℞. Affirmativè, ex eodem fundamento, quia, quando fit mentio testium requisitorum ad alias ultimas voluntates, non excluduntur fœminæ: ergo censentur omnes admitti, qui in aliis Contractibus testes esse possunt. alioquin parùm consuleretur incommodis, quibus obviatum esse voluerunt leges per licentiam faciendi Codicillos. Unde non video, quo jure Barbatius *in c. Relatum.* Bocetus, & quidam alii dixerint, non sufficeturum testimonium quinque fœminarum, si nullus masculus esset testis.

200. QUÆRES 4. An in Codicillo facto inter liberos, etiam requirantur quinque testes. ℞. Negativè. Nuspiam enim plus requiritur ad Codicillum quàm ad Testamentum ejusdem rationis: atqui ad testamentum inter liberos non requiruntur nisi duo testes: ergo etiam ad Codicillum sufficient.

201. QUÆRITUR 5. An hæc solennitas testium requiratur pro forma, & tanquam substantialis, vel solùm probationis causâ. Communior est sententia, tantùm requiri probationis causâ. fundatur in §. 3. *Inst. h. t.* ubi dicitur, nullam solennitatem ordinationis desiderari. Confirmatur etiam ex eo, quòd possit nudâ voluntate resolvi, ut dicam in fine hujus capitis. Unde si adversarius fateretur, hanc fuisse mentem testatoris vel Codicillantis, etiam deficientibus testibus judicandum esset pro valore codicilli. Imò si Codicillus testamento confirmatus sit, ne quidem testes probationis requirerentur, quæ enim talibus Codicilllis relinquuntur, ipso testamento relicta censentur. *l. 77. ff. de hæredib. instit. Asse toto non distributo ita scriptum est:* quem hæredem Codicillis fecero, hæres esto: [Titium Codicillis hæredem instituit: ejus quidem institutio valet, ideo, quòd licèt codicillis dari hæreditas non possit, tamen ea testamento data videtur: sed hoc tantùm ex hæreditate habebit, quantum ea asse residuum mansit.] Itaque hoc casu hæreditas non datur in Codicillo, sed hæredis persona jam instituta in testamento declaratur in Codicillo. declarare autem datum, non est date, ut benè dixit Michaël Grassus *q.* 1. *n.* 18. §. *Codicillus.* Et hæc mihi videntur intelligenda, si testamentum factum est in scriptis. Nam quòd in testamento nuncapativo non sufficeret relatio hæredis ad aliquam schedam, disputatum est præcedente tractatu.

CONTROVERSIA II.

De Clausula Codicillari.

SUMMARIUM.

AN Testamentum imperfectum sine clausula codicillari, valeat ut Codicillus. 202.
Primus casus exceptus. 203.
Secundus casus exceptus. 204.
Per clausulam sustinentur legata. 205.
Institutio directa obliquatur. 206.
Gravatur per illam hæres injustè exhæredatus, vel præteritus. 207.
An clausula codicillaris sufficiat ad revocandum prius testamentum. 209.
In arbitrio hæredis scripti est, agere vel ex testamento, vel Iure fideicommissi. 210.
Hæres ex certo gradu conjunctus, potest variare. 211.

202. SOlet contingere, ut testator volens condere testamentum, omittat tamen aliquas solennitates requisitas quidem ad testamentum, non tamen requisitas ad Codicillum (quænam illæ sint, patet ex præcedente Controversia) & tunc

tunc poterat dubitari, an talis scriptura, vel nuncupatio, si nihil aliud addatur, valeat saltèm in vim Codicilli. Sed dicendum est, per se loquendo, & seclusso privilegio, non valere. *L. 1. ff. h.t.* [Sæpissimè te scriptum, & constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi Codicillos id valere, videri nec Codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licèt quasi in codicillis poterit valere, non tamen debetur.] & clariùs l. fin. §. 1. C. h. t. [Illud quoque pro ratione servandum est, ut testator qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex Codicillis ultimam voluntatem: NB. nisi id ille complexus sit, ut vim etiam Codicillorum scriptura debeat obtinere.] Ex quibus ultimis verbis constat, quid operetur Clausula codicillaris, ut dicetur.

Ut ergo talis scriptura, de qua fortasse possit fieri Controversia, utrum valeat in ratione testamenti, quantùm fieri potest, sustineatur, adjici solet clausula: *Si non valet ut testamentum, valeat ut Codicillus*: & ideo vocatur Clausula Codicillaris. Neque tamen est necesse tam expressis verbis eam poni, satis est, si ponatur: *Valeat meliore modo quo potest. L. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* *Ex his verbis, quæ Scripturæ paterfam. addidit*: Hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit: *videri eum voluisse omnimodò valere ea quæ reliquit, etiamsi intestatus decessisset.*

Quodsi nihil hujusmodi adjiciatur, dixi non valere Scripturam in vim Codicilli, si intendebatur testamentum, *per se loquendo*. Sunt enim duo casus, in quibus etiam non adjecta subintelligitur, ex præsumpta testatoris voluntate.

203. Primus casus est, si Testamentum fit factum inter liberos, ut habet communis DD. sententia, in qua tamen variavit Ferd. Vasq. apud Grassum. Verùm, in hoc casu (sicut & in Testamento militari) non apparet utilitas hujus clausulæ quoad supplementum solennitatum: nam in his testamentis quæcunque solennitas sufficit ad Codicillum, sufficit etiam ad Testamentum. An autem aliam habeat utilitatem, patebit ex dicendis de effectibus hujus Clausulæ.

204. Secundus casus est, quando ab hærede additur juramentum, arg. legis 77. §. 23. *ff de legat. 2.* [Filius matrem hæredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat: cùm testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam hæredem cogendam præstare fideicommissa respondi, nam enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.] Ex quibus ultimis verbis colligi posse videtur, quòd etiam absque juramento subintelligeretur clausula Codicillaris, si hæres non legitimè institutus enixè rogaretur, ut præstaret fideicommissa, quia talibus precibus videntur inesse verba Codicillaria: *Valeat meliore modo quo potest.*

205. Declarandi nunc sunt effectus hujus Clausulæ. & quidem primus est, quòd per illam sustineantur legata relicta in testamento carente solennitatibus testamenti sed habente solennitates Codicilli, quæ proinde præstanda sunt, non quidem ab hærede scripto (nam ob nullitatem testamenti non est hæres) sed ab hærede ab intestato. Quodsi testamentum non ex defectu solennitatum est nullum, sed ex capite præteritionis, aut exhæredationis, tunc ad hunc effectum, Jure novo, non est opus clausulâ codicillari, nam ut in præced. tract. sæpius dictum est, tale testamentum solùm est nullum quoad Institutionem, quoad alia contenta valet.

206. Secundus effectus est. Virtute Clausulæ Codicillaris institutio directa hæredis extranei obliquatur in fideicommissariam, adeo, ut hæres ab intestato succedens, ob testamenti nullitatem, detractâ Trebellianicâ debeat hæreditatem restituere hæredi scripto. Patet ex lege 29. *ff. qui test. facere pos.* & aliis juribus jam suprà adductis. Ratio est clara. Quia clausula facit ut illa scriptura sit Codicillus casu quo non est testamentum. atqui in Codicillo potest fieri institutio fideicommissaria; ergo censetur & ibi facta.

207. Tertius effectus est, quòd per talem clausulam etiam gravetur hæres injustè scienter præteritus, vel non debito modo exhæredatus, ut non obstante nullitate testamenti, retentâ legitimâ, (imò & Trebellianicâ, ut infrà probabo) debeat restituere reliquum hæredi scripto, ut habet communis sententia, cui tamen non absque ratione se opponit Fachineus *lib. 4. c. 11.* cùm enim Iure novo hæc testamenta dicantur irrita quoad Institutionem, difficulter intelligitur, ea trahi ad fideicommissum, sic enim eluderetur facilè favor & honor filiorum, si restituere hæreditatem deberent hæredi scripto. Ratio tamen pro communi sententia prævalet, quia pater potuisset filium hæredem scriptum hoc modo gravare in testamento, & codicillo. ergo clausula codicillaris idem operabitur, si aliunde non est defectus. Dixi *scienter*. Nam si ex inculpabili ignorantia præteriisset, putans fortè esse mortuum, ideo non censeretur gravatus, quia si de eo cogitâsset testator, proculdubio extraneo prætulisset, ut in præced. tract. dictû est, & tanquam communiorem ac æquiorem sequitur Michael Grassus §. *Codicillus n. 22.* propè finem: quamvis apud eundem plurimi contrarium docuerint. Idem dicendum, si testamentum agnatione posthumi rumperetur.

Ex hoc sequitur 1. Quòd quando frater præteritus, ob turpem personam institutam, per querelam, rescindit testamentum, maneat tamen

men adjectâ clausulâ codicillari gravatus, solâ legitimâ retentâ, reliquum restituere instituto, quia, ut tract. præced. diximus, non nisi legitima debetur fratri in tali casu.

208. Sequitur, meo quidem judicio 2. Si quis instituisset duos filios æqualiter, & unus eorum ante testatorem decederet, relictis filiis, qui proinde tanquam præteriti rumperent testamentum, quòd inquam nihilominus gravarentur patruo restituere partem illi relictam, vigore clausulæ, & institutionis obliquatæ. An autem possent deducere Trebellianicam, alibi dicetur. Ratio est, quia hæc fuisse præsumitur mens Testatoris.

209. Dubitatum est, an, si quis fecisset duo testamenta, quorum secundum est minùs solenne, adeoque invalidum, haberet tamen clausulam codicillarem, an per eam revocaretur primum testamentum, adeoque hæredes ab intestato succedentes gravarentur restituere hæredi scripto in secundo testamento. Affirmare quidem videtur Bartolus in *L. Si Iure. ff. de leg. 3.* Sed aliter & negativè respondet idem Bartolus *in L. 1. ff. de Iure Codicill.* Estque communis & vera sententia, valiturum primum testamentum: nam sicut per Codicillos hæreditas nec dari, nec adimi potest, ità nec per testamentum invalidum habens vim Codicilli.

210. Quartus effectus est, quòd in arbitrio hæredis scripti sit, agere vel ex testamento, petendo totam hæreditatem jure directo, vel Iure fideicommissi ad dodrantem. *L. fin. C. h. t.* ibi. [Si testator faciens testamentum, in eodem pro Codicillis etiam id valere complexus fit: qui hæreditatem petit ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habet potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum præclusisse: itàut sive bonorum possessionem secundùm tabulas, sive secundùm Nuncupationem, cæterásque similes postulaverit, aut certè mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suæ intentionis explanet.] Ergo si à principio peteret & ageret ex testamento, & postea appareret testamentum non habere, nisi vim Codicilli, non posset variare, petendo postmodum fideicommissum. Cæterùm, etsi in foro externo negaretur actio, credo tamen, quòd in conscientia ad ipsum pertineret fideicommissum. Quia per suam actionem perperam institutam, non facit, quominùs valeat Codicillus, adeoque voluntas testatoris sit implenda ab hærede. Non est enim infrequens in Iure, negari actionem, ubi in conscientia subest Ius & alterius obligatio, ut in Tr. de Contractibus patebit.

211. Excipitur tamen à doctrina tradita hæres in certo gradu conjunctus, cui licet variare, ut habetur eâdem lege. §. 2. [Si quis verò ex parentibus utriusque sexûs, ac liberis, usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus hæres fuerit, vel nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator quoque vicem Codicillorum voluit obtinere; liceat ei, si de hæreditate ex testamento secundùm mortui voluntatem agens fuerit superatus, vel certè ipse sponte voluerit ad fideicommissi subsidium convolare; non enim par eadémque ratio videtur, amittere debita, & lucra non capere.]

CONTROVERSIA III.

Quomodo Codicilli Testamento confirmentur, & quomodo resolvantur.

SUMMARIUM.

Qui non possunt testari, nec possunt codicillare. 212.
Codicilli possunt fieri nullo facto testamento. eod.
Quomodo Codicilli testamento firmentur. 213.
Quid si testamentum post codicillos factum sit. eod.
An Codicilli confirmati possint in effectu aliquem facere hæredem. 214.
Si codicilli sint contrarii, in eo in quo contrarii sunt, posterior valet. eod.
Quomodo Codicilli resolvantur aut infirmentur. 215.

212. Supponendum est 1. quòd qui de Iure testamentum facere non permittuntur, nec Codicillos facere possint. l. 6. §. 3. ff. h. t. *Codicillos is demum facere potest, qui & Testamentum facere potest.*

Supponendum 2. Codicillos posse fieri etiam nullo facto testamento, nam & intestatus potest cum Codicillis decedere. *l. 4. C. h. t. Non idcirco minus quòd intestato, te absente Codicillos mater tua fecit, hi, quibus precariis verbis adscripta sunt, relicta capiunt.*

213. Quæstio jam est, quomodo Codicilli testamento confirmentur. Et quidem eos confirmari testamento tam priùs quàm postea facto, si expressè eorum mentio fiat, patet ex lege 6. *C. h. t. Sive initio. quæ fuerat Codicillis relicturus generaliter, sive novissimè relicta servari mandaverit, confirmatione munitus, nullam justam gerere solicitudinem potes.* Sed dubium est, si non expressè inveniantur testamento confirmati, an valeant: & iterum communis sententia est, valere, si post testamentum facti sint, & est textus expressus in lege 3. §. 2. *Testamento facto, etiamsi Codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient.* Sed (inquiet aliquis) quas vires capient, quas non haberent, si sine testamento facti essent? Ad hoc paulò pòst respondebitur.

Quodsi testamentum post Codicillos factum sit, erat major ratio dubitandi. Sed resolutio

clara

clata habetur. §. 1. *Inst. h. t.* ibi. [Sed cùm ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quàm si speciali postea voluntate confirmentur. Sed NB. Divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.]

Vires ergo dicuntur accipere à testamento, quatenus ità innituntur testamento, ut tanquam accessio & appendix illius testamenti Ius sequantur, séntque, cadántque cum eodem. *L.* 11. *ff. Testam. quemad. aperiantur.* ubi dicitur, quòd codicilli pars testamenti intelligantur. Hinc si hæreditas ex tali testamento non adeatur, fideicommissum etiam in codicillo relictum nullius erit momenti. *L.* 3. §. 2. *ff. h. t.* ***Denique si ex testamento hæreditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit.*** Item si testamentum aliunde irritum reddatur, vel rumpatur, nec posteriori scripto confirmatum sit, etiam codicilli cadunt l. 1. C. h. t. [Rupto quidem testamento posthumi agnatione, codicillos quoque ad testamentum pertinentes non valere, in dubium non venit. Sed cùm post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum litteras emisisse proponatis, quibus præcedens judicium confirmavit: Prætor nihil contra jus fecit, si novissimam ejus voluntatem secutus, relictum testamento fideicommissum, ut ex codicillis relictum præstandum esse pronuntiavit.] Hoc ergo sensu codicilli confirmantur, & pendent à testamento, non qualicunque, sed quod ab initio validum postea rumpitur; à testamento autem statim ab initio invalido nullo modo pendet valor codicilli, quia non est illius pars.

214. Quodsi Codicilli expresè in testamento confirmentur, tunc codicilli possunt in effectu aliquem facere hæredem, declarando nempe quod in testamento obscurè & per relationem ad codicillum constitutum est, nempe si in testamento ille fuerit hæres institutus, qui in codicillis nominabitur. Ità habetur. *L.* 77. *ff. de hæred. instit.* quam suprà retuli.

Codicillos testamento confirmari adeo verum est, ut etiamsi quis plures Codicillos fecerit, omnes valeant, nisi sibi contrarii sint, tunc enim in eo, quo sibi contrarii sunt, posterior obtinebit. *L.* 3. *C. h. t.* [Cùm proponatis, pupillorum vestrorum matrem, diversis temporibus, ac dissonis voluntatibus duos Codicillos ordinâsse, in dubium non venit, id quod priori codicillo inscripserat, per eum in quem postea secreta voluntatis suæ contulerat, si à prioris tenore discrepat, & contrariam voluntatem continet, revocatum esse.]

215. Pro Coronide superest dicendum, quomodo codicilli resolvantur, seu infirmentur. Et quidem quomodo per consequentiâ infirmentur infirmato testamento, jam est expositum. Per se autem infirmantur voluntate contrariâ defuncti, eâque nudâ, & in hoc iterum differunt à testamento, de quo diximus quòd voluntate testatoris tunc solùm infirmetur, quando aut inciditur, aut per aliud testamentum revocatur. Et hinc potest confirmari, quod supra dictum est, solennitates ad Codicillum requisitas non esse substantiales: nam ideo testamentum nudâ voluntate non infirmatur, quia etiam nudâ voluntate non potest perfici: ergo si Codicilli possunt nudâ voluntate infirmari, est signum, quòd etiam (quantùm ad valorem) nudâ voluntate perfici possint. Et hoc posse fieri, inde colligitur, quòd licèt Iure novo ad Codicillos quinque testes requirantur, nullibi tamen testes requirantur ad eos infirmandos: & hæc est communis sententia, quæ sanè difficulter sustineretur, si quinque testes essent de substantia codicilli: nam est Regula, quòd per quas causas aliquid constitutum est, ijsdem in contrarium actis solvatur. *l.* 35. *ff. de R. I.* quæ tamen Regula, quomodo intelligenda sit, alibi commodiùs exponetur.

CAPUT III.

DE LEGATIS, ET FIDEICOMMISSIS PARTICULARIBUS.

CONTROVERSIA I.

De Natura, & Differentia Legati ab aliis ultimis Voluntatibus.

SUMMARIUM.

Variæ definitiones Legati. 216.
An definitio Legati conveniat Fideicommisso. 217.
An possit Legatum relinqui, non præstandum ab hærede. 218.
An definitio conveniat Legato præstando à fideicommissario. 219.
Definitio P. Molina. 220.
Qualis sit donatio in testamento facta, præsenti & acceptanti. 221.

DE Legatis & Fideicommissis particularibus extant in Digestorum libb. tres satis longi tituli. Sed in Institutionibus omnia compendio ad tres titulos redacta sunt, quorum primus tractat de legatis dandis, secundus de legatis adimendis, tertius de iisdem diminuendis, id est, de Lege Falcidia.

Legatum aliquando sumitur pro illo Testatoris seu defuncti actu, quo relinquitur legatum, aliquando pro ipsa re legata. Ex Definitione prioris facilè infertur definitio posterioris. De prioris ergo definitione curandum est.

216. Variæ definitiones in Iure habentur, quarum aliquæ manifestè defectuosæ sunt, & non nisi longis ambagibus & violentis interpretationibus in bonum sensum trahi possunt, ut facit Donellus, Forsterus & alii. Hujusmodi est illa Ulpiani: Legatum, inquit tit. 24. *fragm.* est, *quod Legis modo, id est, imperativè testamento relinquitur.* Atqui etiam Hæreditas legis modo, id est, imperativè relinquitur testamento, dum dicitur; *Hæres esto.* Deinde non est necesse, relinqui legatum verbis imperativis. Tertiò potest legatum extra testamentum codicillo relinqui. Hujusmodi etiam est definitio Modestini: *Legatum est donatio testamento relicta.* Melior est illa Florentini: *Legatum est delibatio hæreditatis, quâ testator ex eo quod universum hædis foret, alicui quid collatum velit.* Denique receptissima est illa Justiniani §. 1. *Legatum est Donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.* Videamus, quid illi opponi, & quomodo solvi possit.

217. Objicitur ergo 1. Tota definitio convenit fideicommisso, quod etiam est donatio à defuncto relicta, & ab hærede præstanda. Si objectio loquatur de fideicommisso rei particularis, potest totum concedi, quia hæc fideicommissa sunt per omnia legatis æquiparata. ut infrà dicetur. Loquendo verò de Fideicommisso universali, ad objectionem respondetur, negando antecedens, nam ex duplici capite non convenit illi definitio allata. Primò, quia non est simpliciter & strictè loquendo donatio, hoc est merè liberalis datio, sicut sunt legata, hæc enim, per se loquendo, sine onere, saltèm hæreditario, relinquuntur, fideicommissum verò fert secum onera hæreditaria. Secundò, quia aliud est: *Præstare*, aliud, *Restituere.* quod ab hærede præstatur, non dicitur, nisi materialiter, accipi à manu hæredis, sed à testatore, seu à defuncto, à quo immediatè transfertur dominium, & hæres est purus executor, tradens possessionem: fideicommissi autem dominium immediatè transfertur ab hærede, & ideo dicitur illud restituere: unde actiones directæ penes ipsum sunt, & aliquo modo manent, ut suprà dictum est. Hinc patet, non rectè à Donello & quibusdam aliis dici, hæc verba: *Ab hærede præstanda*: superflua & redundantia esse, quia valde serviunt ad excludendum clariùs fideicommissum universale.

218. Objicitur 2. Possunt legata ità relinqui, ut non debeant ab hærede præstari, nempe

pe quando ab ipso defuncto adhuc in vivis traduntur, sed revocabiliter, & ideo non est donatio inter vivos, sed morte confirmatur. ℞. Talem donationem fortè non esse strictè legatum, sed donationem mortis causâ. Quodsi quis etiam ab hac velit eam subtiliter distinguere, nempe quia donatio mortis causâ non potest relinqui in testamento sicut legatum, respondent aliqui, ut Harpprecht, in definitione non debere attendi, quod semel iterùmque fit, sed quod ordinatiè. Sed hæc responsio non est Philosophica, nam definitio ut bona sit, ne semel quidem debet fallere, sed cuivis definito debet tota convenire. Aliter ergo responderi posset, etiam illud legatum aliquo modo præstari ab hærede, non quidem formaliter, sed virtualiter & æquivalenter, quatenus potestatem habet illud adnumerandi bonis defuncti, ut videre possit, an vel ad solvenda debita, vel ad detrahendam Falcidiam sint repetenda, & dum hæres non repetit, æquivalenter ea præstat. Aliter & expeditiùs respondet Hunnius, in tali casu legatum ità relinqui ab initio, ut ab hærede præstetur seu præstandum sit, licèt postea mutatâ voluntate testator seu defunctus ipse rem legatam præstet, & sic etiam ex hoc capite apparet ejus differentia à donatione causâ mortis, quam testator ab initio præstat.

Hujusmodi casus ad hoc declarandum aptissimus habetur in lege 22. ff. de Legatis 2. *Lucius Titius in testamento suo Publio Mævio* militiam suam *reliquit*, sive pecuniam ejus, quæcunque redigi ex venditione ejus potuerit cum suis commodis. [Sed cùm supervixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit, & pretium exegit, & dedit ei, cui illâ militiam vel pretium ejus testamento dari voluit: post mortem Lucii Titii iterum Publius Mævius vel militiam vel pretium ejus ab hæredibus exigebat: existimo pretium militiæ præstari non oportere, nisi legatarius, &c.

219. Dices. Saltèm non convenit illi legato, quod à fideicommissario, sive universali, sive singulari præstandum est, nam & sic relinqui possunt legata. *Inst. pr. de sing. rebus per fidei. com relictis.* Respondetur imprimis quoad fideicommissarium universalem, eum etiam nomine hæredis venire sæpiùs in Iure, quatenus loco hæredis habetur, ut ex suprà dictis liquet. Quoad Fideicommissarium singularem, vel etiam legatarium gravatum restituere alteri, respondet Gæddæus & ex eo Hunnius, etiam hos largo modo hæredes dici, quatenus generaliter omnis successor hæres dici potest. Verùm, hac Responsione non est opus, nam in casu posito reverâ legatum ab hærede præstatur legatario & fideicommissario singulari, uni quidem immediatè, alteri verò mediatè.

220. Hac ratione defendi potest definitio Justiniani, à cujus sano intellectu nihil reipsâ differt definitio P. Molina. [Legatum est ultima voluntas, quâ liberaliter defunctus rem particularem, hoc est, id quod rationem hæreditatis non habet, alicui ab hærede præstandum relinquit.]

221. DUBITATUR, an sit Legatum, vel Donatio inter vivos, vel Donatio causâ mortis, quando testator donandi verbo utitur, ac inter testandum donat aliquid præsenti & acceptanti. Esse donationem inter vivos, tenent Aretinus, Crotius, Cravetta, Ludovicus Alvarus, Ferd. Vasq. quos refert & sequitur Menochius *lib. 4. de præsumpt. to. 2. præsumpt. 105. n. 18. & 19.* Non multùm abest Ant. Gomez *to. 1. Resol c. 12. n. 4.* quamvis se meliùs explicet, si testator simpliciter illam rem tradat, non exprimendo se ex causa præcedentis legati eam tradere, transire in donationem inter vivos, nec posse deinceps revocari: si verò exprimat se tradere tanquam præcedens legatum, retinere naturam legati, & revocari posse. Econtra esse simpliciter legatum, tradunt multi, quos refert & sequitur Fachineus *lib. 5. c. 32.* & Harpprecht *n. 10.* P. Molina *n. 8. d. 193.* existimat potiùs transire in causâ mortis donationem, neque retinere naturam legati, cùm vivente testatore transierit dominium in accipientem, neque res illa sit jàm præstanda ab hærede ex testamento aut ab intestato, quæ sanè sunt aliena à natura legati, ut ex definitione constat. Ità Molina. Ego imprimis censeo non esse donationem inter vivos. Quia verba sunt intelligenda juxta subjectam materiam, etiamsi nonnihil improprientur: (quamvis non improprientur in casu, quia etiam legatum est donatio) in proposita autem specie, subjecta materia est testamentum, cui magis congruit legatum & fideicommissum, quàm donatio inter vivos, præsertim cùm inter factionem testamenti non debeat ùllus alius contractus intervenire. Deinde verò distinguo juxta paulò antè dicta. Vel enim donat simul tradendo, & hoc quidem inter testandum, & tunc erit donatio causâ mortis, quia non est contra rationem testamenti, si exprimatur facta donatio causâ mortis: & quia non fit eo animo, ut præstetur ab hærede, ideo non est legatum. Si verò fiat illa donatio in testamento, & postea primùm tradatur, erit legatum, quia censetur ab initio datum, ut præstetur ab hærede, & deinde videtur testator voluisse hæredem prævenire.

Ex allata definitione legati, accepti pro ipso actu facilè conficitur definitio legati, accepti pro ipsa re legata. Est enim *res particularis non habens rationem hæreditatis, liberaliter à defuncto relicta, ab hærede præstanda.* Quodsi quis velit illud distinguere in sensu rigoroso à fideicommisso particulari, seu singulari (cùm hodie à legato differat in solo modo relinquendi)

addat definitioni: *relicta verbis ad honoratum seu donatarium directis.* nam fideicommissum relinquitur verbis ad hæredem vel alium, à cujus manu accipienda res est, directis.

CONTROVERSIA II.

Quomodo Legata & Fideicommissa Singularia sint æquiparata.

SUMMARIUM.

Quæ fuerit olim diversitas in relinquendo legato aut fideicommisso singulari. 222.
Jure novo sunt exæquata legata & fideicommissa singularia. eod.
An hæc adæquatio facta sit à Justiniano primùm. 223.
Cur sint tituli diversi in Instit. 224.
An dominium statim transferatur in fideicommissarium. 225.

222. Sciendum est, olim magnam fuisse differentiam, non solùm in formula relinquẽdi, sed etiam quoad effectus & modum relinquendi. Ad legata pluribus solennitatibus opus erat, & (ut dicit Imperator) strictè concludebantur, nec poterant aliter nisi vel in testamentis, vel Codicillis testamento confirmatis relinqui, & quidem debebant relinqui post hæredis institutionem, & verbis latinis certâ formulâ conceptis. Fideicommissa verò favorabiliora erant, & pinguiorem naturam habebant; nam in iis potiùs testantis seu relinquentis voluntas, quàm civilis solennitas attendebatur: unde etiam ab intestato relinqui poterant, vel in testamento ante hæredis institutionem, in Codicillis nullo testamento confirmatis, quibuscunque verbis, imò solo nutu (de Iure communi non tamen Bavarico, nam hoc Iure requiritur, ut legans respondeat saltem: Ità. 2. 5.) ulteriùs in tempus post hæredis aut legatarii mortem inutiliter legabatur, benè tamen fideicommittebatur. Denique à legatario non poterat legari, sed benè fideicommitti.

Verùm, Imperatori placuit *l. 2. C. Communia de legatis.* Legata & Fideicommissa particularia penitus exæquare, quod etiam insertum est Institutionibus §. 3. ibi. [Necessarium esse duximus omnia legata fidicommissis exæquate, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, & si quid ampliùs est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.]

223. QUÆRES 1. Quomodo Imperator possit hanc exæquationem sibi arrogare, quandoquidem constet ex lege 1. Digestorum de Legatis 1. hanc exæquationem jam autè factam fuisse, ubi Vlpianus dicit. *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.* Propter hoc celebres Iuris Interpretes putant, Justinianum, vel potiùs Tribonianum (Institutionum compositorem) sibi adscribere tanquam à se introductum, quod jam antè constitutum fuerat. Alii tamen aliter respondent, hanc legem primam non esse Vlpiani, (cui adscribitur) sed Triboniani, qui eam post Justiniani Constitutionem interpolaverit, & titulo Digestorum inseruerit. Alii hanc divinationem improbantes cum Cujacio respondent, & plus quàm subtiliter dicunt, ante Justinianum legata & fideicommissa similia facta & æquata fuisse *per omnia*: sed non *in omnibus*, verùm in quibusdam tantùm, nempe quoad Interdictum *Quod legatorum.* (de quo to. 1. tt. 3.) & quoad Legem Falcidiam, & hoc putant se colligere ex inscriptione legis 1. quæ dicitur desumpta ex Vlpiani libro 67. ad Edictum. Sed hæc non sunt alicujus utilitatis, & ad historiam pertinent.

224. QUÆRES 2. Si per omnia sunt æquiparata, cur ergo Justinianus in Institutionibus tractat de Legatis & Fideicommissis seorsim, & titulis diversis? Ad hoc respondet ipse Imperator dicto §. [Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem: operæ pretium esse duximus, interim separatim priùs de legatis, & postea de Fideicommissis tractare, ut naturâ utriusque juris cognitâ, facilè possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus capere.]

225. QUÆRES 3. An ergo sicut Dominium Legati immediatè transfertur in legatarium, ità etiam dominium fideicommissi singularis? ℞. Affirmativè; & hoc constat ex eo, quòd *l. 2. cit.* de re per fideicommissum relictâ datur statim actio in Rem, sicut de re legata.

CONTROVERSIA III.

Quinam Legata relinquere, & quibus possint.

SUMMARIUM.

Quibus, & à quibus relinqui possint legata. 226.
Quomodo firmatur persona incerta. 227.
Intellectus Legis 14. ff. de reb. dub. *eod.*
Quomodo possint relinqui legata Communitatibus, & in specie RR. PP. Franciscanis. eod.
An valeat legatum factum illi, qui primùm tempore mortis sit capax. 228.

226. AD hoc respondetur ex lege 2. *ff. de Legatis.* 1. *Sciendum est, eos demum fideicommissum* (adeoque & legatum) *posse relinquere, qui testan-*

testandi Jus habent. Ergo filiusfamilias, Servus, Deportatus, miles ob delictum militare damnatus, surdus & mutus, (io certis casibus) dubitans de suo statu, non possunt legare, quia nec testari, ut suo loco dictum est.

E contrario illis solis potest legatum relinqui, qui possunt hæredes scribi. (exceptis excipiendis, ut Religiosis Professis, &c. de quib⁹ alibi) §. 24. *Inst. Legari autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.* Hinc licèt uxor marito inter vivos donare non possit, legare tamen illi potest, quia potest hæredem instituere.

QUÆRES: an hodie possit legari personæ incertæ, eo modo sumptæ, quo antiquitùs ei legari non poterat. Ratio dubitandi est, quia nuspiam in Iure exprimitur, quòd hoc antiquum Ius sit correctum. Pro Resolutione

227. Præmittendum est, quomodo accipiatur persona incerta. ℞. ex §. 25. Inst. hoc colligendum esse, ubi exempla ponuntur, secundùm quæ antiquitùs legata non valebant. *Incerta autem* inquit Imperator, *persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subjiciebat, veluti si quis ità dicat.* Quicunque filio meo filiam suam in Matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. Ità Imperator, subjiciens aliud exemplum dicens: *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati essent, æquè incertæ personæ legari videbatur.* Ratio utriusque exempli est, quia nec in genere quidem testator scire potuit, sitne futurus amicus, vel inimicus, dignus vel indignus hæreditate. Paulò pòst declarat Imperator, vel potiùs limitat, id quod dixerat antè, his verbis. *Sub certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur, veluti:* ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem dederit, ei hæres meus illam rem dato. Ità Imperator. Ratio hujus est, quia talis designatio non est penitus incerta, nec persona cui legatum obvenire potest, penitus ignota testatori. Harum incertarum personarum utramque speciem complexus est ille, qui lege 5. *ff. de rebus dub.* ità legavit. *Si quis ex hæredibus, cæterisque amicis, quorum hoc testamento mentionem habui* (huc usque sunt incerti secundi generis) *sive quis alius* (ecce! incertos primi generis) *restitutionem mihi impetraverit ab Imperatore, & antè decessero, quàm ei gratias agerem, volo dari ei à cæteris hæredibus aureos centum.* Quæsitum est, an legatum valeat. & est acutè responsum, *deberi hoc legatum, etiamsi non hæres, sed alius ex amicis curaverit eum restitui.* quibus verbis satis indicat, quoad aliam personam, quæ nec hæres, nec amicus in testamento nominatus esset, non valiturum, ob personæ incertitudinem.

Eodem modo intelligenda est lex 14 *ff. eod.* ubi sustinetur legatum hujusmodi. Si quis ità scripserit. *Illis qui testamentum meum signaverint, hæres meus decem dato:* Nam testator supponitur jam animo concepisse illos, quos postea ad testamenti perfectionem adhibuit. His præmissis Restat quæstio, an hodieque hoc discrimen observandum sit? & respondetur communiter negativè. Primò, quia hoc ipso quia Imperator dicit, olim ità fuisse, videtur indicare, hodie non esse; per regulam, quòd verba præteriti temporis sint abnegativa præsentia. Secundò, quia ipse Imperator in simili §. 27. satis insinuat, ea quæ de Incertis personis, & posthumis alienis obtinebant apud antiquos, emendationem accepisse à Constitutione Imperatoris, ad quam se refert, sed quæ in Corpore Iuris desideratur, & putatur cum priore Codice intercidisse. Hodie ergo sufficit, si personæ incertitudo in eventu postea certificetur.

Hinc à fortiori constat, posse relinqui legatum Civitatibus, aliisque Communitatibus *l.* 117. *ff. de leg.* 1. *Si quid relictum sit civitatibus, omne valet: sive in distributionem relinquatur, sive in opus, sive in alimenta, vel in eruditionem puerorum, sive quid aliud.*

Et hoc quidem adeo verum est, ut etiam Communitati PP. Franciscanorum, qui alioquin hæredes institui non possunt (quæ est exceptio suprà insinuata) legata relinqui possint, in ea moderatione, ne videantur facta in fraudem, quasi sub legati forma & specie hæreditas relinquatur, ut habetur in *Clem. Exivi.* §. *cupientes. de VS.* quam adduxi alibi. Pari modo Domibus Professis Societatis (quæ quidem hæreditatis capaces sunt, & bonorum mobilium Domini) legatum relinqui potest, ità tamen, ut si bona immobilia relinquantur, vendi debeant oblatâ proximâ occasione, ut ex pretio congrua sustentatio capiatur.

Quòd si Religiosis relinquatur legatum cum onere, quod Instituto repugnat, possunt legatum acceptare, & onus illud in aliud æquè utile commutare, ut tradit VVadingus *disp.* 4. *in fine n.* 7.

228. QUÆRITUR Si legatarius incapax sit legati, dum fit dispositio, tempore tamen mortis testatoris capax reddatur, an valeat legatum. ℞. Affirmativè, arg. *l.* 82. *ff. de acquir. hæred.* *Si servus ejus, qui capere non potest, hæres instituatur, & antequam jussu domini adeat hæreditatem, manumissus alienatusve sit, & nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hæreditatem.* & arg. *l.* 19 *ff. de reb. dub.* ubi si quis legasset cognatis, dicitur: *Certè si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per arrogationem, faciliùs legatum consequitur.*

CONTROVERSIA IV.

Quid Iuris, tam in foro interno quàm externo sit, circa Legatum ex Errore, vel cum Incertitudine Legatarii aut rei legatæ, vel cum falsa Demonstratione relictum.

SUMMARIUM.

SI commisso errore in Nomine, constet de Intentione, an valeat legatum. 229.
Si error sit commissus in nomine apellativo. 230.
Si erratum in demonstratione adjecta. eod.
Si nomen rei legatæ sit æquivocum. 231.
Si nomen legatarii sit æquivocum. 232. *& seqq.*
An electio sit penes hæredem. 234.
Opponitur Vlpiano Triphoninus. eod.
Inconsequentia Vlpiani deprehensa à Card. de Lugo. 235.
Conciliantur leges contrariæ circa incertitudinem legatariorum. 236.
Quomodo in tali incertitudinis casu applicandum sit legatum pium. 237.
An Electio spectet ad Episcopum. 238.
Theologorum opinio contra Legistas, probatur Ratione. 239. 240.
Si erratum sit in demonstratione legati, quid sit hæredi præstandum. 241. 242.
Si erratum sit in persona legatarii, putans hunc, v.g. præsentem, esse suum fratrem. 243.
Si erratum in demonstratione legatarii, sed non in substantia. 244.

229. QUÆRITUR 1. Si testatot erret in nomine Legatarii, vel rei legatæ, constat autem de intentione testatoris, quem voluerit, & quâ re bonorare, an valeat legatum. ℞. Affirmativè. *L.* 4. *ff. de Legat.* 1. [Si quis in fundi vocabulo erraverit, & Cornelianum pro Semproniano nominaverit, debetur Sempronianus.] *&* §. 29. *Inst. h. t.* [Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine, Legatarii testator erraverit: cùm de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur, & rectè: Nomina enim significandorum hominum gratiâ reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.] Constat etiam à fortiori, quia ne quidem error in hæredis nomine vitiat institutionem, ut suo loco dictum est. *L.* 4. *C. de Testam.*

230. QUÆRITUR 2. Si error non est commissus in nomine proprio, sed in nomine appellativo, v. g. volens legare bovem scripsit ovem, aut equum, an debeatur bos. & est respondendum negativè, per apertum textum legis 4. *ff. de leg.* 1. ibi. [Quòd si quis, cùm vellet vestem legare, supellectilem adscripsisset, dum putat, supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum, si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel (quod est stultius) vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.] Zasius & alii Juristæ dant rationem aliam, quare error in nomine appellativo noceat, non item error in nomine proprio: quia, inquiunt, quod voluit non expressit, quod non voluit expressit. Sed quæso, quare hoc ipsum non possit dici, quando erravit in nomine proprio? An non & tunc verum est, non expressisse, quod voluit, & expressisse, quod non voluit? Sed reverâ, re attentiùs inspectâ est disparitas. Nam quando pro fundo Tusculano scribitur Sempronianus, substantia fundi est sufficienter expressa, nempe fundus, de quo constat aliunde loqui voluisse testatorem; quòd autem sit aut dicatur Tusculanus, est denominatio accidentalis & mutabilis ad libitum etiam hominum privatorum: at verò quando pro veste scribitur supellex, substantia vestis nullo modo exprimitur, multò minùs si pro bove scribatur equus. & hoc vult Iureconsultus, quando dicit, nomina appellativa esse immutabilia, nempe privatorum hominum auctoritate. Itaque quando error est in nomine appellativo, ideo vitiatur legatum, quia nullo modo adscriptum est, qnod testator adscribi voluit. Illud tamen non rectè docuit Hostiensis, in Summa *tit. de baptismo.* §. *quomodo fit.* 8. *col. v. quid ergo.* quòd si Sacerdos intendat baptizare masculum, & eum ità nominet, cùm sit puella, baptismus vitietur. Hoc quidem verum esset, si intentio Ministri esset restricta ad masculum. sed hoc nullus Minister faceret, nec credo quòd unquam præsumeretur; quia censetur habere primariam intentionem baptizandi illum hominem, quem præsentem habet, sive masculus sit, sive fæmina.

Quidsi autem in nomine proprio non erretur, sed erretur in demonstratione adjecta, v. g. lego fundum Corneliannm conjunctum fundis suburbanis, si reverà fundus Cornelianus (quem testator volebat legare) non sit ità conjunctus? ℞. Valere legatum, quia substantia satis est expressa.

231. QUÆRITUR 3. Si nomen sit æquivocum rei legatæ, v. g. habet testator duos servos, qui vocantur Stichi, & legat Stichum, nec constat, quem ex duobus legaverit, an valeat legatum, & quomodo ab hærede præstandum sit. ℞. Valere, electionem esse penes hæredem. *l.* 32. §. 1. *ff. de leg.* 1. [Si quis plures Stichos habens Stichum legaverit, si non apparet, de quo Sticho sensit, quem elegerit, debet præstare.]

232. QUÆ-

232. QUÆRITUR 4. Et difficiliùs: si nomen Legatatii sit æquivocum, v. g. sunt duo Sempronii, nec potest ea circumstaotiis, v. g. singulari amicitia, majori conjunctione, &c. constare, quem animo conceperit Testator, an valear legatum, aut quomodo præstandum. Et quidem quæstio procedit tam in foro eaterno quam in foro interno & conscientia, ut patebit. Sed Juristæ (& rectè) eam non disputanr nisi pro foro externo. Est autem recepta apud eos sententia, legatum tale fore nullum, & neutri adjudicandum. Unde ulteriùs inferunt, quòd si legata duobus ejusdem nominis fuissent relicta, & unius eorum legatum revocaretur, sed non constatet, cujus legatum revocatum esset, utriusque revocatum fore. Imprimis hanc suam Opinionem habent fundatam in lege 10. *ff. de rebus dubiis.* *Si fuerit legatum relictum*: ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit: *si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum?* *Vel*: ei qui monumentum fecerit, *& plures fecerint*: *vel* ei qui maximus natu est, *& duo pares ætate sint*: [Sed & legatum Sempronio amico fuerit relictum, & duo sint æquâ charitate conjuncti. Sed & si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quæri potest: Item si ea pluribus servis ejusdem nominis, uni, vel quibusdam libertas relicta est. & NB. verius est, in his omnibus etiam legata, & libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere.] Item in lege 27. eodem. [Si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec appareat, de quo manumittendo testator sensit, nulli eorum fideicommissa competit libertas.]

Adducitur etiam pro hac sententia ea lege 3. *ff. de adimend. legat.* §. septimus, in quem tamen videri posset error irrepsisse, quem notat glossa Gothofredi, & pro *Vtrique* legit *Neutri*. Itaque sic habet. [Si duobus Titiis separatim legaverit, & uni ademerit, nec appareat cui ademptum sit, neutri legatum debetur, quemadmodum & in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum.] Cæterùm infrà dicam, legendum esse *Vtrique*, ut habent omnia exemplaria; & ideo hic textus pugnat apertè cum lege decima *ff. de Reb. dub.* paulò antè relata. Sensus tamen illius non propterea est perversus, aut minùs cohærens, quia est iste. Sicut quando uni adimitur, & nescitur cui præ alio, neutri censetur ademptum, (adeoque debetur utrique) ità si datum fuerit uni, & non constat cui, neutri datum censebitur, & ideo utrique negandum. & hoc rectissimè dictum esse, infrà ostendam.

233. Cæterùm, ea his textibus non potest evinci, quòd reverâ non debeat legatum ullo modo præstari in conscientia, eo modo quo præstari potest, & quo solent solvi alia hujusmodi dubia debita. Ratio est, quia solùm ideo dicuntur non deberi, quia non potest probari, cui debeantur, quamvis reverâ adsit jus: & verum quidem est, neutri determinatè, & adæquatè solvendum esse; cum quo benè potest stare, quòd inadæquatè, seu partialiter sit utrique solvendum. Colligitur hoc apertè ex lege 30. *ff. de Testam. tutela.* quam etiam in præced. tomo Tract. 4. retuli. & sic habet. [Duo sunt Titii, Pater & Filius, datus est tutor Titius, nec apparet, de quo sensit testator, quæro, quid Iuris? Respondit. Is datus est, quem testator sensit. (*Ecce! quòd valida sit datio*) si id non apparet, NB. non Ius deficit, sed probatio; igitur neuter est tutor.]

Ut autem magis constet, quàm non sit magni facienda Auctoritas textuum allatorum ex antiquis Jure-Consultis, ea quorum Responsis libri Digestorum constant, opponimus illis ea iisdem Digestis aliorum Jure-Consultorum Responsa: & imprimis JC. Paulum in lege 8. §. 3. *ff. de Legatis.* 2. [Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potiùs dari oportet, ut puta, si Titio relictum est, & duo ejusdem nominis amici testatoris veniant, & legatum petant, & hæres solvere paratus sit, deinde ambo defendere hæredem parati sint, eligere debere hæredem, cui solvat, ut ab eo defendatur.] Et hoc textu patet, Paulum agnovisse obligationem solvendi legatum.

234. Utrum autem rectè concluserit Paulus, penes hæredem esse electionem, potest dubitari. Et quidem Card. de Lugo rotundè dicit, Paulum minùs consequenter hoc respondisse, sed debuisse dicere, legatum esse dividendum. Posset tamen fortè non improbabiliter dici, ideo electionem esse penes hæredem, quia repræsentat personam defuncti, qui si viveret, ipsius esset determinare, & hoc Ius determinandi pro tali casu hæredi reliquisse.

Deinde opponimus Vlpiano, asserenti, ex duobus Capitolium simul ascendentibus, neutri legatum sub illa conditione factum deberi, opponimus, inquam, Triphoninum in lege 9. *ff. de Rebus dub.* quæ lea immediatè præcedit legem 10 Ulpiani, & sic habet. [Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moritur, Titium substituit, duo impuberes simul in nave perierunt, quæsitum est, an substituto, & cujus hæreditas deferatur, dixi. Si ordine vitâ decessissent, priori mortuo frater ab intestato hæres erit, posteriori substitutus, in ea tamen hæreditate etiam antè defuncti filii habebit hæreditatem. In proposita autem quæstione, ubi simul perierunt, quia cùm neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an verò neutri, quia comparatio posterioris descendentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed NB. superior senten-

sententia magis admittenda est, ut utrique hæres sit. Nam & qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, & proximus agnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit, & hic utrique, quin neutri eorum alter superstes fuit, ultimi, primique obierunt.] Sicut ergo quando duo simul moriuntur, uterque dicitur primus & ultimus obiisse, & ideo utrique substitutus succedit, ità contra Vlpianum diceret Triphoninus, quòd si duo simul Capitolium ascenderent, uterque primus ascendisset, quia nemo ante illum ascendisset: ergo utrique legatum deberetur, inter utrumque dividendum.

235. Accedit, quòd Ulpianus in citata lege decima (quæ est præcipuum fundamentum Juristarum) parùm consequenter processerit in sua doctrina, prout animadvertit acutissimus Card. de Lugo n. 152. dum dixit, ademptionem legati validam esse respectu utriusque Sempronii, quando utrique legata fuerant relicta, & postea Sempronio ademptum est. Ratio inconsequentiæ sic ostenditur. Si incertitudo facit, ut legatum non sit validum, debebit eadem incertitudo facere, ut ademptio non esset valida: nam incertitudo ademptionis non consistit in legatis, supponitur enim certò constare, utrique Sempronio legatum relictum esse, sed tota incertitudo, consistit in ademptione, de qua non potest probari an potiùs sit facta Sempronio. A. quàm Sempronio. B. Ratio autem, cur dixerint Iure-Consulti, legatum incerti nominis non deberi, fuit, quia deerat Legatario probatio: debebat enim petens legatum probare, sibi legatum relictum, quod tamen probare non poterat in casu quo uni Titio relictum erat, cùm essent duo Titii, quia non constabat, testatorem de ipso potiùs, quàm de alio Titio locutum esse. Ergo pari ratione, quando utrique certò legatum fuit, & alter petit: hæres autem excipit, ademptum fuisse legatum, ad hæredem pertinet probare, suam exceptionem, nempe legatum esse petenti ademptum: atqui est illi impossibile probare, ademptum esse huic præ alio, propter incertitudinem provenientem ex identitate nominis, sicut in primo casu legatarius non potest probare, sibi potiùs, quàm alteri ejusdē nominis esse legatum: ergo exceptio non subsistit: ergo Vlpianus consequenter ad resolutionem prioris casûs debuisset in secundo casu dicere, ademptionem inutilem esse, & singulis deberi integrum legatum, sicut si ademptum non fuisset.

Hinc, ut jam suprà insinuavi, consequentiùs statutum est contra Vlpianum in lege 3. §. 7. *ff. de adimend. legat.* [Si duobus Titiis separatim legaverit, & uni ademerit, nec appareat cui ademptum sit, utrique legatum debetur, quemadmodum & in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum.]

236. Ex relatis itaque in utramque partem legibus, videre licet, aliquando in Iure dici, tale legatum incertum deberi, aliquando dici, non deberi; quæ tamen conciliari possunt ac debent ex principiis Theologicis, nempe, quòd neutri debeatur totum & adæquatè (si legatum sit divisibile) sed tamen deberi inadæquatè utrique, & esse inter illos dividendum, sicut solet fieri, quando alia hujusmodi debita incerta solvuntur. Et ità resolvit P. Molina *d.* 107. Card. Lugo *l.* 9. §. 2. *n.* 251. & plures alii quos adducit & sequitur Diana *to.* 2. *tr.* 5. *Miscell. Resol.* 58.

237. Quodsi fiat hujusmodi legatum pium, etiam Juristæ fatentur, si non sit expressus locus, applicandum esse Ecclesiæ, in qua testator habebat domicilium. Si verò Ecclesiam alicujus Sancti nominâsset, cùm plures ejusdem nominis ibidem reperirentur, dandum pauperiori, nisi ex conjecturis aliud appareret, v. g. quia in una habebat sepulchrum, accipiebat Sacramenta, frequentabat officia, &c. Colligunt hoc ex Novella 131. c. 9. [Si quis in nomine Magni Dei & Salvatoris nostri Iesu Christi hæreditatem aut legatum reliquerit, jubemus Ecclesiam loci illius in quo testator domicilium habuerit, accipere quod dimissum est. Si quis autem unum Sanctorum hæredem scripserit, aut legatum ei reliquerit, & non specialiter nominaverit locum in quo est venerabilis domus, inveniantur autem eodem loco aut civitate plura oratoria ejusdem Sancti, illi magis domui quæ pauperior est, quod relictum est, præbeatur. Si autem non est in civitate basilica nominati Sancti, inveniatur autem in territorio ejus, illi detur. Si autem neque in territorio ejus reperitur hujusmodi domus, tunc Ecclesiæ Civitatis in qua testator domicilium habuerit, quod dimissum est, præbeatur.]

238. Quodsi denique non constet, de qua Ecclesia loqueretur, volunt Episcopum eligere posse quam voluerit. arg. *l.* 8. §. 3. ubi Electio Servi manumittendi hæredi tribuitur. Sed hoc post Bartolum improbant Covarr. Molina, Lugo. nam vel res est dividua, vel individua, si dividua, dividendum erit legatum inter utramque Ecclesiam. Si individua, v. g. fundatio beneficii vel constructio Capellæ, forte (inquit Lugo) vel transactione tradenda res est. Sive autem dividua sive individua sit, si est res alienari prohibita, putat Lugo, requiri licentiam Pontificis, ne fortè contra voluntatem testatoris applicetur alteri Ecclesiæ. de quo ego dubito, neque credo voluisse Pontifices hujusmodi necessariam & manifestè utilem alienationem in suis Constitutionibus, quas in primo tomo tr. 4. retuli, prohibere. Videantur ibi dicta.

239. Redeundo nunc ad Theologorum sententiam, positam contra plerosque Legistas, probatur ea insuper Rationibus. Primò quidem

dem ex paritate. Quando quis habens rem alienam cognitam esse talem, & certò scit, pertinere vel ad Petrum, vel ad Paulum, non potest illam retinere, neque enim propter illam incertitudinem individui determinati, stante certitudine disjunctivâ evanescit obligatio reddendi, aut fiunt hujusmodi bona quasi derelicta, ut fiant primò occupantis, quia non deest Ius, sed probatio determinati individui; itaque debet inter utrumque dividere, secundùm gradum probabilitatis, si quæ adest, ut dictum *to. t. tr. 2. de Ordine Restit. faciendæ.* Atqui totum hoc procedit in nostro casu. Scit enim hæres certò, pertinere ad unum ex duobus Titiis: ergo pariter dicendum, esse dividendum, vel certè sorti committendum, si divisio fieri non possit.

Probatur 2. Quando est Dominus, seu Creditor penitus incertus, tunc ex multorum doctrina tenetur debitor ex præsumpta voluntate dare pauperibus, saltèm quando debitum est ex delicto; ergo multò magis debebit dividere, quando certò constat de Domino, quòd sit unus ex duobus.

240. Probatur 3. Quia in tali casu Legatarii meritò censentur invicè cedere suum Ius quoad aliquam partem, modò is qui verè est Legatarius, possit consequi dimidiam partem: mavult enim hanc habere, & alteram relinquere alteri Titio, & Legatario dubio, quàm totum relinquere hæredi.

Diceret aliquis 1. nostram doctrinam procedere quidem, inspecto Iure naturæ præcisè, tamen Civilibus legibus contrarium statutum esse boni publici causâ, tum ad litium occasionem auferendam, tum ad excitandum studium testantium, ut voluntates suas clarè, non ambiguè exprimant, si sciant alioquin irritas & inofficiosas esse: Ità Laym. c.. it. n. 7. & ex eo Dicastillo *dub. 91 n.* 145. addens aliam causam, nempe ad impediendas occasiones inimicitiarum inter legatarios & hæredem: hîc enim facilè potest utrique satisfacere, dicens: *Ego paratus sum solvere legatum ei, quem constiterit esse Legatarium: vos probate coram Judice, & cui ipse adjudicaverit ego dabo.* Ità ille. Sed ut ad hoc ultimum primò respondeam, nunquid legatarii meliori Iure dicere poterunt hæredi: *Da nobis, quod certò scis, alterutri nostrum deberi, nos te absolvemus, & inter nos benè conveniemus.* Absolutè ergo respondeo & dico, ex textibus allatis non probari legem esse latam, quòd penitus liber sit hæres: tum quia Iura tantùm dicunt, ex defectu Probationis nulli determinato præ altero deberi, non verò ex defectu Iuris: deinde alia Iura à nobis adducta dicunt, deberi: & possunt conciliari modo dicto. Ergo hoc potiùs tenendum est, quod Theologi dixerunt.

Dices 2. Sæpè legata sunt vel in se, vel ex voluntate testatoris indivisibilia: ergo saltèm tunc non valebunt omnino. Ad hoc respondet Lugo n. 253. fatendo, quòd Theologorum doctrina locum non habeat in illis legatis, in quibus unus non potest Ius suum alteri cedere: quale putat imprimis esse legatum libertatis, quale legatum ait, nec forte definiri posse, poterit enim, inquit, fors date libertatem illi, de quo testator non intellexit, nec alter potuit Ius suum ad libertatem in alterum conservum transferre. Talem etiam putat esse tutelam testamentariam, quia unus non potest alteri cedere Ius tutelæ. Verùm ego non video repugnantiam, quare in exemplis positis, non possit unus alteri cedere Ius suum dubium quod habet: nam licèt servus non possit in alio casu, quo alter non habet par Ius, illud cedere, quia hoc esset in præjudicium Domini: Secùs tamen esse videtur in casu nostro, quo Dominus ipse est causa Iuris dubii, & quia illum repræsentat hæres, poterit & debebit ità se gerere, ut saltèm probabilitas aliqua sit fore ut defuncti voluntas impleatur, si nempe, vel permittat, ut servi inter se conveniant, & transigant, vel ipse eligat, hanc enim electionem illi leges permittunt, ut suprà vidimus ex lege 8. *ff. de Legatis.* 2.

241. QUÆRITUR nunc 5. Si testator erravit in demonstratione rei legatæ, v. g. dicendo: *Lego Petro centum existentes in parva cista in tali loco posita.* & in cista inveniantur tantùm 50. vel penitus nihil, an adhuc centum teneatur solvere hæres, vel tantùm illud quod existit in cista. Plures Theologi docent simpliciter, esse attendendam intentionem testatoris, an velit centum solvi, undecunque tandem si non existant in cista. Ità post alios Molina. Addunt tamen, verba talia in dubio ostendere, quòd intentio sit alligata, & quasi conditionata, nempe si ibi sint 100.

242. Card. de Lugo putat Jurisperitos rectiùs procedere cum distinctione, & quidem intentionem videri alligatam, ac conditionatam, quando demonstratio falsa & legatũ continentur in eadem oratione, ut in exemplo posito. Secùs si contineantur in diversis orationibus, ut si testator dicat: *Lego Paulo 100. aureos, & volo, ut solvantur ex iis, quos habeo in tali loco.* Tunc enim debebit hæres aliunde supplere, si in tali loco non habeantur. Ego tamen existimo, Jurisconsultos reipsâ nihil ampliùs dicere, quàm quòd Molina, sed solummodo ex diverso modo loquendi etiam absque duplicitate orationis colligere & præsumere modò intentionem alligatam, modò absolutam, quod P. Molina non negat, patet hoc manifestè ex lege 96. ff. de Legatis. 1. *Quidam testamento, vel Codicillis ità legavit:* aureos quadringentos Pamphilæ dari volo, ità ut infrà scriptum est à Julio Auctore, Julios tot: & in castris quos habeo tot: & in numerato quos habeo tot. [Post multos annos eâdem voluntate manente decessit, cùm omnes summæ in alios usus

transla-

translatæ essent: quæro, an debeatur fideicommissum: respondi: verosimilius est, patremfam. NB. demonstrare potiùs hæredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quàm conditionem fideicommisso injecisse, quod initio purè datum esset, & ideo quadringenti Pamphilæ debentur.] Itaque non præcisè & unicè ex duplicitate orationis, sed potiùs ex eo, quòd primò fuerit legatum absolutum, collegit Julianus mentem testatoris.

243. QUÆRITUR 6. Si testator erret in persona legatarii, v.g. putans hunc præsentem esse suum fratrem, dicit: *Lego huic* 100. an illi debeantur centum, si aliunde constet, testatorem putâsse esse suum fratrem. ℞. Negativè: quia est error in substantia, ut dicetur in tr. de Contractibus in genere. Dubitatur tamen an debeatur legatum illi personæ, quam testator putabat esse præsentem, si illa exstet. & neque huic deberi habetur in lege 9. *pr. ff. de hæredib. inst. Quoties volens alium hæredem* (idem est de legatario) *alium scripserit, in corpore hominis errans* (veluti frater meus, patronus meus) *placet neque eum hæredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.* Vt hoc secundum sit verum, necesse est, errorem ità contigisse, ut personam, quam animu conceperat, nullo modo nominaverit, sed alium, v.g. nominando patronum, cùm vellet nominare fratrem, vel (quod faciliùs contingere posset) si haberet duos fratres, quorum unus Paulus, alter Paulinus vocaretur, & nominaret Paulum, concipiens animo Paulinum, tunc enim nec Paulus legatum capiet, quia deest voluntas, neque Paulinus, quia licèt animo conceptus sit, non est tamen signo externo sufficiente declaratus animus, quod requiritur. Quodsi verò alteram personam aliquo modo nominâsset, v.g. dicendo: *Huic fratri meo lego* 100. tametsi alius ille sit, quem præsentem putat esse fratrem, legatum tam in foro externo, quàm interno debebitur fratri etiam absenti. Et ità intelligo Molinam disp. 209. neque hoc sensu illi adversatur Lugo n. 258. quamvis contrarius videri posset.

244. QUÆRITUR 7. Si error non sit in substantia modo jam dicto, sed in demonstratione, v.g. *lego* 100. *Petro, qui ædes meas inhabitat:* (ponamus Petrum non ampliùs inhabitare, vel nunquam inhabitâsse, ut tamen putabat testator) an legatum nihilominus debeatur. ℞. Cum distinctione. Si demonstratio contineat rationem motivam legandi, non valebit, si non contineat, valebit. Continere autem causam videbitur, si dixerit: *Lego centum Petro consanguineo meo*, si non sit consanguineus.

CONTROVERSIA V.

Quid Iuris, quando res quædam indeterminata, & inæqualis valoris legata fuerit.

SUMMARIUM.

Quomodo satisfiat Legato in genere. 245.
Ad quid præstandum teneatur hæres, si cum majori restrictione legetur. 246.
Respondetur ad varias leges. 247. 248.
Tres limitationes Regulæ traditæ. 249.
Quidsi individuum indeterminatè legatum non reperiatur. 250. *& seqq.*
Quidsi hujusmodi legatum indeterminatum factum sit loco pio. 251.
Quomodo satisfaciendum legato rei fungibili. 254.
An factâ electione liceat variare. 255.
Ad quem devolvatur electio, si non eligat, cui commissa est electio. 256.

245. QUÆRITUR 1. Quomodo satisfiat legato rei indeterminatæ in genere, v.g. si legatum sit animal. Ant. Gomez putat legatum esse nullum, quia derisorium; satisfieret enim dando muscam. Verùm mihi contrarium dicendum videtur. Tum quia ex mente testatoris, qui in tali actu non videtur voluisse jocari, & post mortem suam tanquam nugator traduci, consideratis circumstantiis, v.g. personæ legatarii, rerum domesticarum (inter quas non numerantur muscæ) sæpè constare poterit, utile esse legatum, & illi satisfieri non per muscam, sed per animal pretio æstimabile: neque deceret hæredem, si vellet voluntatem defuncti ludibrio exponere. Tale ergo quid dandum erit, quod sufficiet, ut legatarius dicatur fuisse honoratus à defuncto.

246. QUÆRITUR 2. Ad quid præstandum teneatur hæres, si non ità generale quid, sed cum majori restrictione legetur. Ad hoc respondetur absolutè, deberi legatario electionem, eo modo quo dicemus. & quidem si res legata habeat à natura terminos individuantes, ut si sit legatus aliquis servus indeterminatè, vel equus, vel bos, vel quodcunque animal, tunc si testator hujusmodi individua habuit in bonis, apud omnes indubitatum est, quòd electio pertineat ad legatarium, ità tamen ut nec liceat eligere individuum optimum, nec teneatur pessimum eligere, aut ex infimis, sed possit eligere mediocre. *L.* 37. *ff. de Leg.* 1. *Legato generaliter relicto, velut hominis, Gajus Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur.* Quòd autem electio ad legatarium spectet, habetur *L.* 108. §. 2. [Cùm homo Titio legatus esset, quæsitum est, utrum arbitrium hæredis est, quem velit dandi, an po-

an potiùs Legatarii? Respondi, veriùs dici, electionem ejus esse, cui potestas sit, quâ actione uti velit, id est legatarii.] §. 22. *Inst. h. t. Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio Legatarii est, nisi aliud Testator dixerit.* Neque huic adversatur lex 32. §. 1. 37. §. 1. *l.* 39. §. 6. *ff. de legat.* 1. ubi traditur, quòd si quis plures servos vel fundos ejusdem nominis habens, legaverit unum fundum vel servum, nec appareat, de quo senserit, electio sit penes hæredem. Nam in his legibus testator de certo servo, Sticho nomine, & de certo fundo, Tusculano nomine, cogitâsse supponitur, & ideo noluisse electionem relinquere legatario. Et hæc quidem ratio, quòd hæredi competat electio, mihi valde probatur. Non invenio tamen solidam rationem, quare in casu quæstionis debeatur electio legatario, & non potiùs ex mente testatoris debeatur hæredi electio. Quia tamen Iura ità asserunt, illis standum est. Scio, quam rationem reddat VVesenbecius, & quæ in ipsa lege insinuatur: nempe, nisi optio daretur legatario, videretur ei adimi electio ex tribus actionibus, quas legatario Iura concedunt, inter quas est rei vindicatio: hæc enim non daretur, si electio non esset penes legatarium. Hæc tamen ratio reducit totam rem ad arbitrium Legislatoris, cui placuit dare legatario rei vindicationem: quam, si voluisset, potuisset etiam dare in casu objectionis, ubi hæredi conceditur electio. Quòd si velimus recurrere ad favorem testatoris, quasi sit ampliè interpretandus, inde videretur inferendum, quòd legatarius posset optimum eligere. Non occurrit ergo alia ratio, nisi quòd hæc ratione securiùs satisfiat voluntati testatoris.

247. Difficiliùs 2. Objici posset *lex* 71. *pr. ff. de leg.* 1. ubi dicitur. [Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quæ domus: cogentur hæredes, quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare. ℞. Textum esse mendosum, & in pletisque exemplaribus post Florentinam editionem emendatum, ac legendum: *quam vellet*: id est, legatarius.

248. Objici posset 3. Ex lege 84. §. 3. *ff. eod. Si cui homo legatus esset, & per legatarium stetisset, quo minùs Stichum, cùm hæres tradere vellebat, acciperet · mortuo Sticho exceptio doli mali hæredi proderit.* Respondent JCti, in hac lege non principaliter quæri, an hæredis vel legatarii sit electio: sed, quo casu hæredis est, & is paratus fuit solvere certum hominem, quem legatarius accipere noluit, cujus sit periculum num hæredis, an legatarii; & tunc recurrendum esse ad alios textus Iuris, & ex iis discendum, quando hæredi, vel legatario electio concedatur. Breviùs respondeti potest, in casu hujus legis non apparere, quòd in hæreditate extiterint plures homines legabiles quàm Stichus, & fortè nullus exstitit, sed comparandus fuerat ab hærede, & tunc utique electio erat penes hæredem.

249. Regulæ traditæ tres limitationes adhibet P. Molina. Prima, Si testator duo tantùm individua speciei illius haberet, posset legatarius eligere optimum. *l.* 20. *ff. de leg.* 1. *Qui duos servos haberet, unum ex his legâsset, ut non intelligeretur quem legâsset, legatarii est electio.* Secunda limitatio est, ut regula solùm procedat, quando verba diriguntur ad legatarium, secùs si dirigantur ad hæredem tanquam executorem, v. g. per verbum: *dabitur. l.* 43. §. *fin. ff. de leg.* 2. ubi dicitur. *Si ità scriptum sit*: Decem aut quindecim hæres dato: *pro eo est acsi decem sola legata sint. aut si ità sit*: post annum aut biennium quàm ego discessero, hæres dato: *post biennium videtur legatum: quia hæredis esset potestas in eligendo.* Tertia limitatio. Si Testator certum determinatum individuum legavit, sed non constat, quod illud, hæredis est electio. *l.* 37. §. 1. *ff. de leg.* 1. [Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitavit, electio hæredis erit, quem velit dare. Sed etsi lancem legaverit, nec appareat quam, æquè electio est hæredis, quam velit dare.]

250. Sed quæret aliquis. Si testator legavit indeterminatum individuum, habens quidem terminos à natura, sed nullum tale individuum reperitur in bonis hæreditatiis, ad quid tenebitur hæres. ℞. Electio est penes illum, ità ut comparet neque vile, neque optimum, sed saltem mediocre. quod licèt claro textu non dicatur, glossa tamen colligit ex textibus adductis, & meritò. Hactenus de primo membro distinctionis, nempe si individuum indeterminatum habens terminos à natura fuerit legatum.

251. Si verò fuerit legatum individuum indeterminatum, quod terminum & finem habet ab arte aut industria humana, ut sunt domus, vestis, hortus circumseptus, &c. tunc si sit res immobilis, & plures reperiantur in bonis testatoris ejusdem speciei (logicè loquendo, nam Iuristæ vocarent genus infimum) docet Molina electionem convenire hæredi: si verò nullum hujusmodi individuum reliquisset, legatum esset inutile, neque hæres teneretur domum v. g. aut hortum emere ac tradere legatario, vel valorem illius. Deceptus est quoad primum membrum Molina cum Gomez à textu corrupto legis 71. *ff. de leg.* 1. circa quam jam suprà notavi, quòd pro *vellent* legendum sit: *vellet*. Et sanè nulla est ratio, cur in istis detur electio hæredi, & in illis quæ habent terminum à natura, detur electio legatario si plura reperiantur in hæreditate, ut suprà dictum n. 246. Itaque sive res habeat terminum à natura, ut Servus, Equus, &c. sive ab arte, ut domus, item sive sit mobilis sive immobilis, si factum est legatum indeterminatum, & plura individua (Iuridicè species) reperiantur in bonis, semper electio

 erit

erit penes legatarium, quia in omnibus istis casibus datur legatario Rei Vindicatio, quæ tamen locum non haberet, si non esset penes ipsum Electio, ut paulò superiùs dictum est.

252. Quoad secundum membrum, quòd nempe, si nulla hujusmodi res immobilis exstat in bonis defuncti, dicitur equidem in illa lege, quòd legatum videatur esse magis derisorium, quàm utile. Hoc sanè difficile est, nec est credibile, aut præsumendum, quòd testator voluerit illudere legatario. Potiùs ergo cogitandum est, testatorem errore ductum putâsse, se aliquid hujusmodi in bonis habere: & quia plerumque hujusmodi res sunt majoris valoris, nec semper occurrunt venales, præsumi poterit, testatorem noluisse gravare hæredem ad aliquid tale emendum, & tradendum, vel æstimationem illius, adeoque evanescere legatum. Quodsi res legata fuerit mobilis, cujus termini non à natura, sed hominum industriâ ponuntur, ut vestis, catena, &c. tunc equidem est communis sententia, quòd, nullo tali exstante in bæreditate, non teneatur hæres aliquod emere: nec hujus sententiæ invenio aliud fundamentum, quàm quòd videatur idem dicendum de mobilibus quod de immobilibus. Nihilominus Paulus Castrensis, quem sequitur P. Molina, meritò contrarium docet. Nam in his potiùs videtur de mente testatoris judicandum, sicut jura nos jubent judicare de illis mobilibus, quæ terminos à natura habent, ut servus, equus, &c. adeoque obligari bæredem ad aliquod hujusmodi comparandum eo modo quo suprà de istis diximus. Et sanè videtur hæc resolutio contineri in lege 38. §. 1. *prope finem ff. de auro, argento, &c.* ubi dicitur, *quòd si non essent* (vestes legatæ) *hæredem vel tunicas & palliola præstaturum; vel veram æstimationem earum.*

253. Controvertitur tamen graviter, an quod diximus suprà, in hujusmodi legatis indeterminatis, non censeri legatum id quod optimum est, an, inquam, id etiam procedat, si hujusmodi legatum factum sit loco pio. Negant multi post Bartolum, volúntque censeri legatum id quod ex omnibus pretiosius est. Meritò tamen hoc in dubium vocat Covarruvias *c. Judicante de testam. n. 5.* & contrarium tenet Baldus aliique, quos sequitur P. Molina n. 10. quibus etiam libenter assentior, quia nituntur melioribus fundamentis: Et quidem lex qua nituntur adversarii, si legatur eo modo, quo in melioribus exemplaribus exprimitur, manifestè stat pro sententia nostra; meum exemplar sic habet, & est lex 38. §. 2. *ff. de auro argento, &c. Seja testamento ità cavit:* Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam, sin autem, ab hæredibus meis fieri volo, jubeóque, signum Dei ex libris centum in illa sacra æde & in patria statui, subscriptione nominis mei. [Quæsitum est, cùm in eo templo non nisi aut ærea, aut argentea tantùm sint dona; bæredes Sejæ utrum ex argento an ex auro signum ponere compellendi sunt, an æreum? Respondit, argenteum esse ponendum.] Ecce! nec optimum, nec infimum, sed medium dicitur esse eligendum.

254. QUÆRITUR 5. Quomodo satisfaciendum legato rei in numero, pondere mensura consistentis. ℞. Si hujusmodi res exstant in bonis, ex illis solvendum, electione penes hæredem existente, nisi aliud testator dixerit. Si non exstent, vel emendæ, vel æstimatio solvenda. *L. 2. §. 1. & l. 3. ff. de tritico vino, &c.* [Si centum amphoræ quas velles tibi legatæ sint, ex testamento agendo consequi potes, ut degustare tibi liceat. Si cui vinum est legatum centum amphorarum, cùm nullum vinum reliquisset, vinum hæredem empturum, & præstaturum, non acetum quod vini numero fuit.] De pecuniæ numero legato valdè non expresso, exstat §. *finalis legis 50. ff. de legatis. 1.* [Si numerus nummorum legatus sit, neque appareat quales sunt legati, ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis in qua versatus est, exquirenda est: sed & mens patrisfam. & legatarii dignitas, vel caritas & necessitudo, item earum quæ præcedunt vel quæ sequuntur Summarum scripta sunt spectanda.] Unde confirmatur id quod in simili dixi suprà quæsito 1. contra Gomez, quòd non satisfieret per muscam, si animal in genere legatum esset.

255. QUÆRITUR 6. An factâ semel electione liceat variare. ℞. Negativè per se loquendo. *l. 5. ff. de leg. 1. Servi electione legatâ semel duntaxat optare possumus.* Dixi, *per se loquendo.* nam si error in electione commissus esset, v. g. eligendo acetum putans esse vinum, &c. novæ electioni locus esset, sicut etiam, quando electio facta esset ante aditam hæreditatem. Exceptiones hujusmodi, videri possunt toto titulo *ff. de Optione & elect. legatâ.*

256. QUÆRITUR 7. Si electio est commissa tertio, & ille non eligit, ad quem devolvatur electio. ℞. Ad legatarium. *l. 3. §. 1. C. communia de leg.* ibi. [Censemus itaque si intra annale tempus ille qui eligere jussus est, id facere supersederit, vel minimè potuerit, &c. legatario videri delatam electionem, ità tamen ut non optimum sed mediæ æstimationis eligat.]

CON-

CONTROVERSIA VI.

Quid Iuris, quando eadem res eidem Bis legata est.

S V M M A R I V M.

SI ex duobus testamentis eadem res legata est eidem, quid consequatur. 257.
Si eodem testamento eadem res bis legetur. 258.
Quidsi res sit fungibilis. 259.
Quidsi corpus determinatum. 260.
Quidsi in testamento major summa, in Codicillo minor, vel econtra. 261.

257. DICENDUM 1. Si eadem res in duorum testatorum testamentis legata fuerit (quod non repugnat, quia potest etiam res aliena legari, ut dicemus) ex utroque debetur, sed cum hac limitatione; ut si rem ipsam ex uno testamento jam est consecutus, ex altero nec rem, nec illius æstimationem petere possit: non rem, quia quod jam habeo, ampliùs acquirere aut petere non possum, sed jus petendi amisi. Non æstimationem: quia (dicunt Juristæ) Rei inest æstimatio: ergo eam jam est consecutus. Si verò ex priore testamento non rem sed æstimationem consecutus est, potest adhuc ex secundo agere, & rem ipsam consequi, quia res non inest æstimationi. Ego existimo, hoc ideo statutum esse in Iure, quia quando testator aliud non expressit, legando equum, v. g. videtur intentionem habere restrictam, nempe, ut casu quo equus legatus in bonis non esset, æstimatio præstaretur, nisi illum equum jam aliunde titulo lucrativo consecutus fuerit. Verùm, quidquid sit de ratione Conclusionis, ipsa Conclusio clarè habetur §. 6. *Inst. h. t.* ibi. [Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an æstimationem ex testamento consecutus sit. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa.] Si æstimationem, agere potest, & hoc modo intelligendum est quod dicitur *lege* 34. §. 2. *ff. de Leg.* 1. [Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem.] Intelligendum inquam est, itá tamen ut priùs æstimationem consecutus fuerim.

258. DICENDUM 2. Si eadem res eodem testamento bis legata fuerit, non nisi semel debetur. d. l. 34. §. 1. [Si eadem res sæpiùs legetur eodem testamento, ampliùs quàm semel peti non potest, sufficítque vel rem consequi vel æstimationem.]

259. DICENDUM 3. Si rei alicujus quantitas, hoc est, quæ in numero, pondere, aut mensura consistit, in eadem scriptura bis legetur, semel tantùm debetur, si verò ab eodem in diversis scripturis, v. g. semel in testamento, & iterum in Codicillo, utrinque debebitur. Sed attendenda est lex 12. *ff. de probat. & præsumpt.* [Quingenta tibi testamento legata sunt: idem scriptum est in Codicillis postea scriptis: refert duplicare legatum voluerit, an repetere: & oblitus se in testamento legâsse id fecerit: ab utro ergo probatio rei exigenda est? Primâ fronte æquius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quædam à reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est: & hic igitur, cùm petitor duas scripturas ostendit, hæres posteriorem inanem esse ipse hæres id approbare Judici debet.] Intelligendum ergo est: nisi hæres probaverit, testatorem tantùm voluisse legatum repetere, fortè quia oblitus est, quòd in testamento legaverit, vel quia timebat impugnationem testamenti tanquam invalidi.

260. Si verò res alia corporea determinata v. g. fundus Tusculanus bis esset legatus, quantumvis in diversis scripturis, stat præsumptio pro hærede, ut tantùm semel debeatur. *lege* 66. §. 5. *ff. de leg.* 2. ibi. *eum enim qui pluribus speciebus Iuris* (id est Testamento & Codicillis) *uteretur, non sæpiùs eandem rem eidem legare, sed loqui sæpius.* Horum omnium ratio continetur in §. 3. legis 34. citatæ. [Sed si non corpus sit legatum, sed quantitas eadem in eodem testamento sæpius: Divus Pius rescripsit, tunc sæpius præstandam summam, si NB. evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem multiplicâsse legatum voluisse. Idémque & in Fideicommisso constituit. Ejúsque rei ratio evidens est, quòd eadem res sæpius præstari non potest, eadem summa volente testatore mulplicari potest.]

Sed quidsi eadem quantitas semel absolutè, deinde sub conditione legata fuerit. ad hoc respondetur *lege* 9. *ff. de adimend. leg.* *Si quidem quasi aliam hanc summam esse voluit, & quod purè relictum est, statim debebitur, & quod sub conditione adscriptum est, si conditio exstiterit.* Et hoc puto maximè procedere, si conditio sit potestativa & onerosa.

261. Quidsi autem in testamento major summa, & in Codicillo minor vel econtra legata fuerit? Communior est sententia Iuristarum, utramque deberi. & volunt hoc probare ex lege 3. §. 10. *ff. eod.* Sed reverâ hoc ibi non dicitur. sic habet. *Cùm Titio centum testamento legâsset, & eidem Codicillo ità legâsset.* Titio quinquaginta duntaxat, nec ampliùs hæres meus dato. *non ampliùs quinquaginta legatarium petiturum.* Ex hoc textu solùm colligitur, quòd prioris legati pars dimidia fuerit adempta. unde non sequitur: ergo si non esset hæc ademptio tam clarè expressa,

censebitur legatum auctum. Nihilominus juxta superiùs dicta hæredi incumberet probare, quòd, quando in posteriore Scriptura minùs positum est, voluerit testator adimere. Quodsi in posteriore plus positum esset, deberet probare, quòd non plus quàm quod in posteriore Scriptura positum est, voluerit solvi, & non quod utrobique positum est.

CONTROVERSIA VII.

Quid Iuris, quando eadem res pluribus est legata; ubi de Iure Accrescendi.

SUMMARIUM.

SI eadem res pluribus conjunctim, vel seorsim legetur. 262.
Quomodo præsumendum sit de intentione testatoris. 263.
Potest eadem res duobus legari tripliciter conjunctim. 264.
An detur jus accrescendi inter re conjunctos. 265.
An sit jus non decrescendi. 266. 267.
An idem dicendum, sive re tantùm, sive re & verbis sint conjuncti. 268.
Quidsi verbis tantùm conjuncti sint legatarii. 269.
Prima probatio minùs efficax. 270.
Melior probatio. 271. 272.
Fundamenta adversariorum. 273. *& seqq.*
Quidsi ex legatariis aliqui sint conjuncti sic, alii aliter, quomodo se habeat jus accrescendi. 276. *& seqq.*
An legatario etiam invito accrescat alterius portio. 279.

262. QUæstionem hanc apud Iuristas celebrem, & à Duareno per duos integros libros tractatam, & teste Harpprecht, omniúmque Interpretum judicio subtilem, obscuram, difficilem, involutam, totóque ferè jure diffusam, Molina & Lugo in compendio tradunt. *Mol. d.* 199. *Lugo d.* 24. *s.* 10. *n.* 277. Si illis conjunctim legetur, dabitur illis semel, ut dividant inter se per partes æquales. Si seorsim legetur, potuit testator posteriori legato prius revocare, vel addere priori legatario socium in legato, vel singulis legare in solidum, non revocando prius, volendo ut uni res, alteri æstimatio daretur, vel eadem res redempta à legatario qui eam jam acceperat. Et in his omnibus primo loco præferenda est intentio testatoris, quando de ea constare poterit. Si autem intentio fuit primo modo, priori legatario nihil debetur: si verò fuit tertio modo, singulis debetur in solidum, & illi electio conceditur circa rem vel æstimationem, qui prior petierit. Quodsi res primo legatario tradita, absque culpa hæredis pereat, antequam secundus petat, volunt DD. communiter, non deberi secundo ne quidem æstimationem; quia hæc non debebatur, nisi in defectum rei, quæ si non exstat, substantia legati exspirat. Hoc ultimum ego limitandum puto; nempe si res illa legata fuisset eodem modo apud hæredem peritura. alioquin si primus legatarius eam destruxisset, non video quare præjudicare posset secundo, ne æstimationem acciperet.

263. Addit deinde Lugo, id quod Molina prætermiserat, quomodo præsumendum sit de intentione testatoris, nempe ex *lege* 33. *ff. de legatis.* 1. imprimis non præsumi prius legatum revocatum, nisi id evidentissimè appareat. secundò, præsumi omnes simul pro virili portione, hoc est per partes æquales ad legatum vocari, nisi ex Scriptura manifestissimum sit, singulis in solidum legatum relictum. Ratio utriusque esse potest, quia non censetur in eadem Scriptura testator voluntatem mutâsse, & revocâsse legatum, nisi id declarâsset, cùm neque oblivio legati præsumi possit in eodem testamento facti. Deinde in dubio non præsumitur ille modus legandi singulis in solidum eandem rem, quia est extraordinarius & inusitatus, nisi manifestè constet, sed potiùs præsumi debet ille alius modus legandi omnibus simul, qui communis & usitatus est: quare cùm eodem instrumento omnes conjunxerit, videtur etiam eos in legato conjunxisse. Hæc ille. Sed ista nunc accuratiùs discutiamus.

264. Supponendum autem est (id quod etiam superiùs annotatum est) posse eandem rem pluribus legari tripliciter. primò ità ut Re & Verbis sint conjuncti v.g. si testator dicat: *Titio & Cajo Fundum Tusculanum lego.* Secundò ità, ut licèt verbis seu sermone sint disjuncti, re tamen sint conjuncti, ut si dicat: *Titio fundum Tusculanum lego, Cajo fundum Tusculanum lego.* Tertiò, ut verbis quidem sint conjuncti, sed aliquo modo re disjuncti, quatenus in re legata singulis assignantur partes, v. g. si dicat. *Titio & Cajo lego fundum Tusculanum æquis partibus.* Observandum autē hîc insuper est post Antonium Fabrum & Bachovium, quòd partes inæquales non possint duobus in eadē re relinqui cū verbali conjunctione vera, sed quòd tales semper sint & Re & Sermone disjuncti, ut si testator diceret: *Titio & Cajo fundum relinquo pro partibus inæqualibus, Titio trientem, Cajo bessem.*

Porrò, hæc conjunctio est fundamentum Iuris accrescendi: ità ut uno ex conjunctis deficiente pars illius alteri collegatario accrescat, & non maneat penes hæredem; & hoc ex præsumptâ testatoris voluntate. De hoc ergo jure accrescendi quæstiones aliquæ expediendæ sunt.

265. QUÆRITUR ergo 1. Utrū detur Ius accrescendi inter illos, qui Re conjuncti sunt. ℞. Loquendo de re ipsa omnes convenire debent, quòd uno ex collegatariis deficiente alter accipiat totum, cùm alioquin partem tantùm accepisset.

cepisset. §. 8. *Inst. h. t.* [Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat (quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit) totum ad collegatarium pertinet. Circa quem textum advertendum est, esse in eo prætermissam tertiam speciem Conjunctionis, nempe quæ tantùm verbis: patet ex sequentibus verbis. *Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat.* Titio & Seio Stichum lego. *disjunctim ità.* Titio Stichum lego. Seio Stichum lego.

266. Dixi omnes in hoc convenire. Vtrum autem uno deficiente, qui re conjunctus est, alter hujus partem consequatur, Iure *accrescendi* propriè dicto, an tantùm abusivè dicto, quod Hupnius, Pacius, Duatenus, Schneidewein, aliique vocare malunt *Jus non decrescendi*, semper mihi visa est inutilis quæstio de modo loquendi, de qua nimia contentione disputat Hunnius in Treutl. *vol. 2. d. 13. q. 7.* & multis contendit, esse merum Ius *non decrescendi.* Probat 1. ex lege *un.* §. 11. *C. de caducis tollendis*, ubi dicitur, in reali conjunctione uno deficiente collegatarium solidam rem legatam habere, quia ab initio sermo testatoris omnibus solidum assignare videtur. Atqui nihil potest accrescere illi qui statim solidum habet. Deinde in eadem lege dicitur, reliquos collegatarios legatarii legatum suo concursu minuere: atqui non minueretur, si defectu collegatariorum pars ista quæ concursu minui dicitur, legatario accresceret. Denique ibidem asseritur, collegatario deficiente nihil alteri accrescere, ut ejus, qui primus accepit legatum, augeatur, sed apud ipsum qui haber solidam rem manere, nullius concursu diminutam.

267. Verùm hæc mihi non videntur tanti momenti, ut propterea nova phrasis in Iure nuspiam lecta introducatur: cùm hi ipsi auctores fateantur sæpiùs in Iure vocari Ius accrescendi, quod secundùm ipsos est Ius non decrescendi. ità habetur *in l. 1. §. 3. ff. de Vsufr. accrescendo.* [Interdum tamen etsi non sint conjuncti (*verbis*) tamen ususfructus legatus alteri accrescit: ut puta si mihi fundi ususfructus totius separatim, & tibi similiter fuerit relictus, nam concursu partes habemus, quod & in proprietate contingeret: nam altero repudiante alter totum fundum haberet.] Ratio autem est, quia licèt unicuique in solidum legatum sit, hoc tamen non est verum in sensu absoluto & complero, sed in sensu aliquo modo conditionato, & suspenso, pendente ab eventu, an alter sit legatum petiturus necne: si petat, tunc minuitur, ut dicunt adversarii, & hoc sensu decrescit, quia non accipit totum, quod tamen totum aliquo modo legatum est; si verò collegatarius legatum non petat, dicitur id quod in suspenso erat, accrescere, & sic potest esse satisfactum argumentis Hunnii.

268. QUÆRITUR 2. An eodem modo accrescat alterius pars alteri, sive sint conjuncti re tantùm, sive re & verbis, *R.* Esse discrimen, quod quidem pauci advertunt. Nam quando sunt re & verbis conjuncti, tunc si legatum cum aliquo onere relictum est, accrescit unà cum onere; si verò re tantùm conjuncti sunt, verbis autem disjuncti, tunc sine onere, cum quo repudianti v. g. relictum erat, alteri accrescit ex præsumpta mente testatoris, ut habetur *l. un. §. 11. prope finem C. de Caduc. tollend.* ubi ratio redditur his verbis. *Cùm ideò videatur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat: nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere.*

269. QUÆRITUR 3. Et difficiliùs, an Ius accrescendi etiam locum habeat, quando collegatarii verbis tantùm conjuncti sunt. Negat cum Hotomanno & Giphanio Antonius Faber, vocans affirmativam, parùm urbanè, stultam, & falsissimam: eandem tenet Fachineus & alii quos refert & sequitur Harppiecht. *n. 15.* volunt ergo isti, quòd in tali casu, quo dixit Testator: *Lego Titio & Caio Fundum Tusculanum pro partibus æqualibus:* si Titius legatum non petat, aut petere non possit, ejus pars non accrescat Caio, sed maneat hæredi.

Affirmativa sententia sicut est communior ità & verior. Et ratione quidem probari potest. Cùm enim in his omnibus præcipuè spectanda sit mens testatoris, ea non videtur alia esse in conjunctione quæ fit re & verbis, ac quæ solis verbis, & à priore non discrepat, nisi per hæc verba: *æquis partibus:* quæ tamen testator ideo solùm adjecisse videtur, ut declararet, se ambos æqualiter diligere, volens verbis exprimere effectum legati, quem habiturum esset in legatariorum concursu, quando ad divisionem agent, neutiquam verò volens præjudicare juri accrescendi, prout faceret, si oratione etiam sejungeret, ut factum est in casu legis 1. *pr. ff. de Vsufr. accresc.* [Quoties ususfructus legatus est, ità inter fructuarios est Ius accrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus: cæterùm si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio Ius accrescendi cessat.] Vel si brevitatis solùm verbis conjunxisset, idque ex circumstantiis colligi posset, cujus exemplum est in lege 66. *ff. de hæredib. Instit. Si ità quis hæredes instituerit.* Titius hæres esto. Gajus & Mævius æquis partibus hæredes sunto. [Quamvis ET, syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed omnibus cohæredibus, pro hæreditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quàm celeriùs dixisse videatur.] Ergo in legatis hujusmodi pro sejunctis habebuntur, quia nec verbis, nec re conjuncti censentur ex mente testatoris. Ità quidem hæc lex

lex jubet præsumere, quando testamentum esset nuncupativum, ubi verborum compendio fortasse quis utitur faciliùs, quàm in testamento scripto. Nam in hoc potiùs præsumendum est mentem testatoris eandem esse, ac si illos & re & verbis conjunxisset.

270. Probari solet Conclusio communis etiam Iuris auctoritate in lege unica. *C. de Caducis toll.* Postquam Imperator §. 10. definivisset, quos vellet intelligi verbis conjunctos, nempe *qui propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt.* Deinde §. 11. asserit, conjunctos verbis gaudere Iure accrescendi. Ità argumentatur Hunnius. quæ tamen probatio mibi suspecta est, dicent enim adversarii, quòd non loquatur ibi Imperator de illis qui tantùm verbis conjuncti, re verò disjuncti sunt, sed de illis qui re & verbis conjuncti sunt: vult enim Imperator, ut sit quidem Ius accrescendi, sed cum eodem onere, quo relictum erat. sic habet textus. [Ubi autem Legatarii, vel fideicommissarii duo fortè, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur, & omnes veniant ad Legatum, & pro sua portione quisque hoc habeat. Si verò pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus si habere maluerint pro virili portione cum omni suo onere accrescere.] Ex hoc ergo textu nihil exsculpere possum ad communionem sententiam confirmandam.

271. Meliùs illa probatur ex lege 41. *ff. de Legat.* 2. ubi ponitur legatum his verbis factum. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego. eundem fundum Titio lego.* & subjungitur. [Si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit: quia cùm separatim & partes fundi, & totus legatus sit, necesse est, ut ea quæ cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, adcrescat.] Respondent adversarii Mævium & Sejum non esse verbis conjunctos, sed re tantùm. Hæc tamen est frivola, & textui violenta responsio, & faciliùs diceretur, nec verbis nec re conjunctos esse, quod tamen ideo dici non potest, quia tunc cessaret jus accrescendi. Certum ergo esse debet, esse aliquo modo conjunctos: atqui sunt manifestè disjuncti re: nam re disjunctos in præsenti illos dicimus, quibus eadem res *pro æquis partibus* relinquitur, ut fatentur omnes. atqui ità sit in casu posito, ut patet ex verbis legati. Ergo, &c.

272. Probatur deinde non minùs efficaciter ex lege 16. §. 2. *ff. de leg.* 1. [Si Titio & posthumis legatum sit, non nato posthumo totum Titius vindicabit. Sed & si testator Titio & posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato posthumo.] Qui textus est adeo clarus, ut aliam responsionem adversarii non inveniant, quàm subtilizando in voce, *Dari*, quòd testator non dixerit *Do*, sed: *volo dari æquas partes.* quasi ex posteriori modo loquendi colligatur intentio testatoris de conferendo jure accrescendi, & non colligeretur etiam, si dixisset do, vel, lego pro æquis partibus, quod mibi est prorsus inverisimile. Ad hæc ergo jura non invenio claram solutionem: quibus cùm accedat Ratio suprà ponderata, magis assentior communiori, sententiæ concedenti jus accrescendi etiam in illis, qui tantùm verbis conjuncti sunt. Denique pro hac sententia facit lex 89. *ff. de legatis* 3. quam paulò pòst referam.

273. Adversarii etiam pro se afferunt Iura, & imprimis ex lege 1. *pr. ff. de Usufructu accrescendo.* ubi dicitur. [Quoties ususfructus legatus est, ità inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus. Cæterùm si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat.] Ad hoc jam est data Responsio, legem loqui de legatariis qui etiam verbis disjuncti sunt: quamvis enim textus hoc non exprimat clarissimè, hunc tamen sensum magis propriè recipit, qui enim verbis conjuncti sunt, simpliciter conjuncti dicuntur, & non separati: lex autem dicit cessare jus accrescendi, quando separatim ususfructus legatus est partis rei, quod factum censeretur hoc loquendi modo. *Titio dimidii fundi Usumfructum do, lego, Sempronio dimidii fundi Usumfructum do, lego.*

274. Objiciunt 2. Ex lege *penult. ff. eod.* ubi dicitur. [Cùm singulis, ab hæredibus singulis, ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur, non minùs quàm si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset.] Unde sit, ut inter eos jus accrescendi non sit.] Respondeo eodem modo, esse sermonem de separatis re & verbis: sensus enim legis est: si quis duos hæredes instituit, & ab uno hærede reliquit usumfructum fundi Titio, ab altero reliquit ejusdem fundi fructum Cajo (qui verbis erant disjuncti, sed re conjuncti) præsumitur testator voluisse cessare jus accrescendi, & uno deficiente usumfructum partis consolidari cum proprietate (nam ideo à diversis hæredibus reliquit) sicut si ab eodem hærede eundem usumfructum æquis partibus duobus reliquerer, cum eadem verborum disjunctione.

275. Objiciunt 3. Ex lege 66. *ff. de hæredib. Instit.* sup. relatum. Ad quam legem jam superiùs responsionem insinuavi, nempe eam loqui de casu quo ex circumstantiis colligi potest, testatorem verbis conjunxisse præcisè quia celeriùs voluit loqui & absolvere institutionem hæredum. Imò ex hoc textu potest argumentum in adversarios retorqueri. Si enim non est ulla causa cogitandi, quòd testator ideo conjunxerit Gajum & Mævium, ut celeriùs testamentum absolveret (quæ sanè præsumptio ratò locum habebit) per argumentum à contrario rectè concludemus, esse locum Iuri accrescendi: atqui

nostra

nostra Conclusio loquitur de casu in quo non fit conjunctio præcisè ex celeritate loquendi: ergo hic textus potiùs causæ nostræ favet quàm nocet.

276. QUÆRITUR 4. (& est quæstio intricata, sed ex dictis resolvenda) si ex legatariis aliqui sint conjuncti sic, alii verò aliter, quomodo tunc se habeat Ius accrescendi. Vt Res intelligatur, sunt ponenda exempla. Primum exemplum sit hoc. *Titio & Mævio fundum Tusculanum do lego. Sejo eundem fundum Tusculanum do lego.* Priores duo sunt re & verbis conjuncti inter se, sed cum Sejo non nisi re conjuncti sunt. Ponamus jam, quòd Titius repudiet legatum, ejus portio accrescit Mævio, & non Sejo, quia Mævio est specialiter & magis conjunctus, & ideo præsumitur hæc esse mens Testatoris, in hunc finem specialiter & mixtim conjungentis, ut alter alterius portionem jure accrescendi consequi possit. Ponamus jam Mævium repudiare, idem econverso dicendum erit, ob eandem rationem, nempe ejus portio accrescet soli Titio. Ponamus Sejum repudiare legatum, ejus portio accrescet tam Titio quàm Mævio, quia utrique æqualiter & sufficienter conjunctus est, nempe Re.

277. Secundum exemplum sit, in quo triplex conjunctio interveniat, nempe aliqui sint mixtim, hoc est, re & verbis conjuncti, alii re & non verbis, alii verbis & non re. Et est quæstio, quinam aliis præferantur in jure accrescendi. De hoc habemus legem claram, quâ valde confirmatur sententia paulò antè disputata. Etenim statuitur in lege 89. *ff. de legatis* 3. illos qui re & verbis conjuncti sunt, cæteris præferri, inter cæteros autem illos qui verbis tantùm conjuncti sunt præferri illis, qui re tantùm conjuncti sunt; & ratio est, quia qui verbis tantùm conjuncti sunt, habent etiam aliqualem conjunctionem in re, quia v.g. in fundo Tusculano conjuncti sunt, licèt pro æquis partibus. Lex ità habet. *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cùm duobus separatim eadem res legatur. Item verbis non etiam re*: Titio & Seio fundum æquis partibus lego. [Quoniam semper partes habent Legatarii. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re & verbis conjunctus est. Quodsi re tantùm conjunctus sit, constat non esse potiorem. Si verò verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est, an conjunctior potior sit? & magis est, ut & ipse præferatur.]

278. Ponamus ergo jam exemplum. Sit ità conceptum legatum. [Primo & secundo fundum Seianum do lego. Tertio, & Quarto, eundem fundum Seianum pro æquis partibus do lego. Quinto, fundum Seianum do lego. Sexto, eundem fundum Seianum do lego.] Hoc exemplum ità resolvit Julius Pacius. Primus & Secundus sunt re & verbis conjuncti. Tertius & Quartus tantùm verbis. Primus, Secundus, Quintus, & Sextus re tantùm sunt in toto fundo conjuncti. Iidem cum Tertio sunt re conjuncti in Semisse, & cum Quarto in altera Semisse. Si jam fingamus, quod Primus Legatum non accipiat, ejus portio soli Secundo accrescit. si Secundus non accipiat, soli Primo, si Tertius, soli Quarto, si Quartus, soli Tertio. Si Quintus, cæteris omnibus, sed ità, ut quarta portionis accrescentis pars accrescat Primo, quarta Secundo, quarta Sexto, octava Tertio, octava Quarto. Quia cum Quinto deficiente conjuncti sunt Primus, Secundus & Sextus in toto fundo. Tertius & Quartus tantùm in semisse, id est, his singulis tantùm semis, illis singulis totus fundus legatus est, & cuique pars cessans accrescit pro portione ejus, quod ipsi legatum est. Similiter si Sextus legatum non accipiat, quarta accrescit Primo, quarta Secundo, quarta Quinto, octava Tertio, octava Quarto.

279. QUÆRITUR 5. An sicut hæredi etiam invito accrescit cohæredis deficientia portio, adeo, ut vel totam hæreditatem, vel nihil accipere debeat, ne testator partim testatus, partim intestatus decedat, ità etiam legatario invito accrescat, adeoque vel totum legatum cum suis oneribus, vel nihil habere debeat. R. Negativè arg. *Leg. unic.* §. 11. *C. de Caduc. tollend.* ibi. [Si verò pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus si habere maluerint pro virili portione cum suo onere accrescere; vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, à quibus derelictum est. Cùm verò quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere.] Totam tamen rem sibi legatam per modum unius legari, debet vel acceptare, vel repudiare legatarius, non item, si sint diversa legata. *L.* 4. & 5. *ff. de leg.* 2. [Neminem ejusdem rei legatæ sibi partem velle, partem nolle verius est. Sed duobus legatis relictis unum quidem repudiare, alterum verò amplecti posse respondetur.] & *l.* 38. *ff. de leg.* 1. [Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest; hæredes ejus possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet.]

CONTROVERSIA VIII.

Quomodo possit legari res non existens, vel aliena, vel quam Legatarius possidere non potest, vel res obligata, vel debitori, vel creditori.

SUMMARIUM.

Quomodo possit legari res nondum existens. 280.
Quidsi testator sciat esse rem alienam. eod.
Quidsi nescivit esse rem alienam. 281.
An hæc sint correcta per Ius Canonicum. 282.
An valeat legatum rei ad ipsum hæredem pertinentis. 283.
Quando res legata solùm quoad aliquod jus pertineat ad testatorem, de cætero ad alium quàm hæredem, ad quid teneatur hæres. 284.
Si quis leget rem suam oppignoratam, ad quid teneatur hæres. 285.
Intellectus legis 57. ff. de legatis 1. 286.
An legatarius possit petere æstimationem, si priùs factus est Dominus. 287.
Quidsi titulo oneroso acquisivit ab hærede. 288.
Quidsi res ipsius legatarii sit legata. 288.
Quid juris, si quis debitori suo debitum leget. 289.
An pendente conditione etiam censeatur legata liberatio à debitis conditionatis. 290.
An veniant ea quæ vindicari possunt. 291.
Quidsi quis à reddendis rationibus liberetur. 292.
Quid juris in legato facto creditori, an censeatur factum in solutionem. 293.
An hoc sit fundatum in præsumptione. 294.
Quidsi exprimeret testator alienam causam legandi. 295.
Quidsi debitum non sit legale. 296.
An valeat legatum rei debitæ legatario. 297.

280. QUÆRITUR 1. Quomodo possit legari res necdum existens. Ad hoc respondet Imperator §.7. Inst. h.t. [Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, si modò futura est, rectè legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.] Hoc sanè intelligendum mihi videtur de illis rebus, quæ ut futuræ possunt prævideri & sperari, utpote jam existentes in sua causa, in qua, & ex qua futuræ cognoscuntur, de aliis enim non videtur cogitâsse testator, v.g. si hæres in fundo, cujus fructus legati sunt, sereret semen ex peregrina terra allatum, ferens fructum miræ raritatis, modò id fieret sine fraude, & impedimento fructuum speratorum, nihil ex illis fructibus deberetur legatario, quia testator de illis non cogitavit.

Sed quidsi nulli fructus nascantur, v.g. injuriâ temporum, an liberabitur hæres? ℞. Affirmativè. Nam licèt tale legatum non sit conditionatum Juridicè loquendo, hoc est, non habeat conditionem arbitrio testatoris adjectam, habet tamen conditionem ex natura rei inexistentem: *si quidem fructus nascantur.* Vi hujus conditionis effectus legati est suspensus usque ad eventum conditionis, ità tamen, ut si ante eventum decederet legatarius, transmitteret legatum ad hæredes, secùs quàm si adjecta esset alia arbitraria conditio, & ob hunc specialem effectum non dicitur Iuridicè conditionatum, sed censetur potiùs factum in diem, ut habetur *L.* 25. §. 1. *in fine.* ibi. [Contrarium non est, quòd si medio tempore legatatius moriatur, & postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, hæres legatarii petitionem habet. namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecùs exspectanda sit, cedit.] & clariùs babetur lege 99. ff. de condit. & demonstrat. *Conditiones extrinsecùs non ex testamento venientes, id est, quæ quæ tacitè inesse videantur, non faciunt legata conditionalia.* Quod notare volui propter Card. de Lugo, qui n. 261. vocat hæc legata conditionalia, quod magls Theologicè, quàm Juridicè dictum est.

QUÆRITUR 2. An valear legatum rei alienæ, nec pertinentis ad testatorem, aut hæredem, si testator scivit esse alienam. ℞. Affirmativè, si tamen legatarius probaverit illam scientiam testatoris. Tenetur ergo hæres rem illam emere, vel si non possit eam emere, quia Dominus rei non vult eam justo pretio vendere, tenetur ad æstimationem rei. Præterea res non debet esse extra commercium hominum, nec prohibita possideri à legatario, ut si Iudæo legaretur Mancipium Christianum, non valeret. Jura postea dabimus. Interea

281. QUÆRITUR 3. An valeat, si testator nescivit esse rem alienam. ℞. Negativè, nisi sit persona conjuncta, vel valde amica, ut meritò præsumatur testator adhuc legaturus fuisse, si scivisset esse alienam. Specialiter hoc in favorem libertatis introductum est, ut libertas legata servo alieno quem credebat esse suum, sit ab hærede præstanda, emendo servum, illùmque manumittendo. Habentur hæc omnia variis Juribus. §. 4. *Inst. h. t.* [Non solùm autem testatoris, vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ità ut hæres cogatur redimere: vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur, veluti si campum Martium, vel Basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ità intelligendum est, si defunctus sciebat rem alienam esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset alienam rem esse, non legâsset.] Ex quibus verbis clarè colligitur, omnia hæc fundan-

fundanda esse in prudenti & probabili præsumptione de mente testatoris, & quamdiu dubium est, an fuisset legaturus, si scivisset esse alienam, judicandum est pro hærede, utpote qui est in possessione, melior autem est conditio possidentis. Et hoc maximè attendendum est, quando legatarius est persona conjuncta, de qua exstat lex 10. *C. h. t.*. [Cùm alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato, quàm ex fideicommisso ab eo, qui legatum, vel fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximæ personæ, vel uxori, vel alii tali personæ datum sit, cui legaturus esset, & si scivisset rem alienam esse.] De libertate legata habetur in lege 39. *ff. de fideicommiss. libert.* [Paulus respondit, etsi alienus inveniatur servus, quem ut suum testator ab uno ex hæredibus voluerit manumitti, tamen cogendum eum, qui rogatus est, redimere eum, & manumittere, quoniam non putavit similem esse causam libertatis, & fideicommissi pecuniarii.]

282. Contra hactenus dicta objici posset, quòd ea videantur correcta per Ius Canonicum. Nam in *cap. 5. de Testam.* sic habetur. [Filius noster F. conquestus est, quòd quondam P. Pater suus aliqua Ecclesiæ vestræ sepulturæ suæ gratiâ juris alieni reliquit. Et quidem leges sæculi hoc habent, ut hæres ad solvendum cogatur, si auctor ejus rem legaverit alienam: sed quia lege Dei, non autem lege hujus sæculi vivimus, valde mihi videtur injustum, ut res tibi legatæ, quæ cujusdam Ecclesiæ esse perhibentur, à te teneantur, qui aliena restituere debuisti.] Hoc capitulum tribuitur à diversis exemplaribus Iuris Canonici modò Gregorio III. modò Gregorio IX. cùm sit Gregorii Magni *lib. 7. Epist. Indict. 1. Ep. 4.* quâ accuratiùs perlectâ facilè liquet, non fuisse à B. Gregorio improbatas leges humanas, imò nec potuisse improbari, quia in casu capituli non erat inscius testator, rem esse alienam quam legaverat: quando autem sciens legatur res aliena, nulla est iniquitas si hæres obligetur rem illam emere, vel æstimationem solvere. Improbat ergo Gregorius M. factum Episcopi retinentis rem alienam in iis circumstantiis, in quibus iniquum esset gravari hæredem ad eam Domino solvendam. Nempe quia legatum erat pertinens ad aliam Ecclesiam, hæredi autem vix erat congrua sustentatio relicta à patre. ac præterea legatum erat factum contra Ordinationem Ecclesiasticam ejusdem Gregorii M. ne quid Sepulturæ gratiâ acciperetur, hoc autem legatum erat relictum sepulturæ gratiâ. Quandoquidem ergo lex Divina & Ecclesiastica in hoc casu violarentur, si legatum teneret, lex civilis non potest ad hunc casum extendi.

283. QUÆRITUR 4. An valeat legatum rei ad ipsum hæredem pertinentis. Potest autem hoc diversis modis contingere. 1. sciente testatore. 2. eo ignorante. 3. potest res pertinere ad unum tantùm ex hæredibus. & hoc iterum vel sciente, vel ignorante testatore. Respondetur ergo 1. Sive testator sciat esse hæredis, sive ignoret, putans esse suam, hæres debet eam præstare legatario. hæc enim omnino præsumitur fuisse mens testatoris, quia hæres repræsentat defunctum, & censetur eadem persona cum illo: & habetur lege 67. §. 8. *ff.* de legat. 2. [Si rem tuam, quam existimabam meam, te hærede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiæ locus, quâ cavetur, non cogendum hæredem præstare legatum, nam succursum est hæredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum esse existimans reliquit. sunt enim magis in legandis suis rebus, quàm in alienis comparandis & onerandis hæredibus faciliores voluntates; quod in hac specie non evenit, cùm dominium rei sit apud hæredem.] ℞. 2. Si res legata est in dominio unius solius ex cohæredibus, tunc si legatarius probaverit id testatorem scivisse, consequetur ipse totum legatum, sed omnes hæredes debebunt secundùm proportionem successionis contribuere, ut res legata legatario tribuatur. *l. 86. §. 3. ff. de legat 1.* [Si fundus ab omnibus hæredibus legatus sit, qui unius hæredis esset, is quidem cujus fundus esset, non ampliùs quàm partem suam præstabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur.] Sed hoc ultimum fallit, si ignorans fundum unius ex hæredibus esse, neque etiam putans esse omnium, sed esse suum existimans legaret; tunc enim ex dictis colligitur, quòd alii ad nihil contribuendum teneantur, quia res penitus aliena ab ignorante legata non debetur: is verò cujus fundus esset, deberet æstimationem fundi pro quota successionis suæ solvere legatario, hoc est, tantum, quantum ipsum contingeret, si omnes concurrere deberent. nam hæres rei legatæ Dominus, etiam ab ignorante testatore gravatur: totum autem fundū dare non tenetur, ex probabili opinione, quam contra Bartolum & plures alios tuetur Ant. Gomez, Molina, Lugo. quia non potest testator præsumi voluisse plùs gravare, quàm si fundus omnibus communis esset, quia præceptum testatoris dirigitur ex æquo ad omnes, & non specialiter ad illum cuius fundus est.

284. QUÆRITUR 5. Quando res legata pertinet quoad aliquod jus ad testatorem, de cætero verò ad alium quàm ad hæredem, ad quid hæres teneatur. ℞. Censetur testator solum suum Ius legare voluisse, v. g. si habuit rem sibi oppignoratam, vel locatam, vel si habuit fundum cum alio communem. *l. 5. §. 2. ff. de leg. 1.* ***Cùm fundus communis legatus sit, non adjectâ portione, sed meum nominaverit, portionem deberi constat.*** Et. *l. 71. §. 6. ff. eod.* [Sed etsi non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit,

verit, non videri proprietatem rei legatam, sed id Ius quod in vectigalibus fundis habemus.]

285. QUÆRITUR 6. Si quis leget rem quidem suam, sed alteri oppignoratam, ad quid hæres teneatur. ℞. Si testator scivit esse oppignoratam, tenetur hæres pignus luere, & sic legatario dare: si verò ignoravit, non hæres sed legatarius ipse luet. *l.* 57. *ff. de leg.* 1. [Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quid scit eam testator obligatam, ab hærede luenda est: nisi si animo alio fuerit, si nesciat, à fideicommissario.]

Dices. Quidsi (ut sæpè solet) Luitio pignoris adæquaret propè valorem pignoris? An tunc legatarius debebit liberare? Negativè respondet Molina & Gabriel Vasquez, volúntque liberandum ab hærede, ne legatum inutile reddatur. Sed longè consequentiùs respondet Card. de Lugo, ne quidem ab hærede esse liberandum. Ratio illius est hæc. Res aliena legata ab ignorante non debetur: atqui si liberatio adæquat valorem rei legatæ, perinde est, ac rem alienam esse legatam: in effectu enim perinde est, ac si hæres deberet illam rem emere. Ergo, &c. Hinc constat responsio ad fundamentum contrarium, nam quando res aliena ab ignorante legatur, non debetur, quantumvis legatum inutile reddatur.

286. Objiciunt tamen legem 5. paulò antè citatam, in qua post verba ibi relata, hæc adduntur per modum exceptionis ab eo quod dictum erat, quòd à fideicommissario luendum esset. *Nisi vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scivisset obligatam: vel potest esse aliquid superfluum ex soluto ære alieno.* Verùm ex his verbis nihil hujusmodi exsculpi potest. ut enim servirent adversariis, debuisset ità dicere Ulpianus. *Vel nisi nihil possit esse superfluum soluto ære alieno.* quasi dicere vellet: (in sententia Adversariorum) in duobus tamen casibus debebit luere hæres, etiam quando ab ignorante factum est legatum rei obligatæ. primus est, si legatum factum sit personæ conjunctæ. secundus, si alioquin legatarius nihil haberet superflui. Verùm, verba hoc non satis clarè dicunt. Card. de Lugo valde subtiliter explicat illa verba, *vel potest aliquid esse superfluum:* & putat non esse conjugenda cum immediatè præcedentibus, sed esse legenda cum distinctione seu sejunctione, & ut clausulam seu responsum diversum, ità ut per illa Ulpianus incipiat proponere casum sub aliis circumstantiis, quasi diceret: Hucusque dictum est, quando res erat obligata pro æquali valore. Potest autem contingere, quòd nesciente etiam testatore sit obligata pro minori valore, ità ut soluto ære alieno adhuc aliquid lucri remaneat: & tunc si verè testator animum in genere habuit obligandi hæredem ad solvenda onera, sed illum non satis expressit, poterit fideicommissarius solvere creditoribus, si ipsi transferant in eum actiones suas adversus hæredem, quibus postea probato animo testatoris, possit contra hæredem agere ad recuperandum id, quod pro liberatione rei hypothecatæ solvit. Ità putat Lugo colligi ex sequenti versu. *Quodsi testator eo animo fuerit, ut quamquam liberandorum prædiorum onus ad hæredes suos pertinere voluerit.* Verùm, nescio quali exemplari usus sit Lugo. nam exemplaria plura quæ ad manus habeo, legunt: *Noluerit.* & sic non possunt habere sensum à Lugone intentum. Verisimile tamen est, legendum esse: *Voluerit:* quia alioquin nullus commodus sensus erui potest. Sed de hoc alii viderint. Ego fateor Resolutionem Lugonis esse probabilem, spectatâ consequentiâ doctrinæ, sed sententiam Molinæ esse magis conformem textui prout, eum explicat glossa & communis Interpretum, & illa verba: *vel potest esse aliquid superfluum:* esse supplenda per particulam *Nisi*, præcedentem. ut sensus sit: *vel si non potest esse aliquid superfluum.* Hunc sensum, ait Lugo, si Iurisconsultus intendisset, non deberemus ejus sententiæ in re apertè falsa, & cum manifesta contradictione stare. Deinde concludit, quòd Glossator textum non intellexerit, & ideo detorserit verba ad sensum verbis contrarium. Sed meo judicio contradictio non est adeo manifesta: quandoquidem res oppignorata non est simpliciter aliena, sed propria: unde faciliùs potest præsumi animus testatoris hæredem gravandi ad luitionem, quàm ad emendam rem penitus alienam.

287. QUÆRITUR 7. Si legatarius rei legatæ factus jam antè Dominus est, an nihilominus possit vi legati petere & consequi æstimationem illius. Ad hoc respondet Imperator in §. 6. *Inst. h. t.* [Si res aliena legata fuerit, & ejus rei, vivo testatore, legatarius Dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis (*vel quocunque titulo oneroso*) ex testamento actione pretium consequi potest. Si verò ex causa lucrativa, velut ex donatione, aut alia simili causa, agere non potest.] Et additur ratio. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse.] & *l.* 34. §. 7. *ff. eod. Quodsi rem emissem mihi legatam, usque ad pretium quod mihi abest, competet mihi ex testamento actio.*

288. Sed quidsi res non erat aliena, sed ipsius testatoris, & legatarius eam titulo oneroso acquisivit ab hærede? cum distinctione dicendum est. vel enim est legata absolutè & purè, & tunc potest legatarius petere æstimationem, si ignorabat rem sibi esse legatam: si verò sciens esse legatam, eam emit, censetur legato renuntiâsse. Habetur *l.* 84. §. 5. *ff. eod.* [Qui servum testamento sibi legatum ignorans sibi legatum ab hærede emit, si cognito legato ex testamento

mento egerit, & servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet.] Quodsi verò sub conditione aut in diem legatum est, & interea tantulo oneroso acquisitum legatario, non nisi adveniente die æstimationem petet legatarius, ut ex dictis colligitur.

Objicies. Si res legatarii legetur, legatum est inutile. ergo si legatarius legatam rem etiam titulo oneroso acquisivit, inutile erit legatum, quia res legatarii legata est. Antecedens probatur ex §. 10. *Inst. h. t. Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, ampliùs ejus fieri non potest. Et licèt alienaverit eam, non debetur ei ipsa res, nec æstimatio ejus.* Respondeo allatum textum esse intelligendum, quando res fuit legatarii tempore facti testamenti.

Circa ultima verba dicti §. observanda & adhibenda est distinctio. Si enim res legatarii purè sit legata, tunc etiamsi eam post factum testamentum alienaverit, nihil petere potest. quia, ut habet regula Catoniana, quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit. Secùs, si sub conditione legatum esset. *si ante mortem testatoris alienaverit.* tunc enim, conditione positâ utique legatum valeret.

Cæterùm, allato §. videtur valde adversari lex. 1. §. *fin. ff. de Reg. Caton.* ubi Celsus ità statuit. *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Econtra conformiter paragrapho illi scripsit Ulpianus in lege 41. §. 2. ff. de Leg. 1. ibi. [Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet: quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit.]

Has leges, seu potiùs Celsum cum Ulpiano multi putant conciliari non posse, adeo ut Hotomannus neget eas posse meliùs conciliari, quàm circulum quadrari. Duarenus acerbè hoc carpit, dicens, hanc quidem esse facilem & expeditam Juris docendi rationem, sed quæ Grammaticum trivialem deceat magis, quàm Iureconsultum. Ipse ergo Duarenus tandem putat unicè conciliari posse, si dicatur, Celsum loqui de legato conditionali, nempe quod sic factum sit: *Lego tibi fundum illum, si eum vivo me alienaveris.* Hæc est quidem conciliatio: sed divinatoria. quod vel inde patet, quia illa conditio non est inserta textui diverso charactere, quasi à testatore adjecta, prout alioquin hujusmodi conditiones scribi solent: poterat tamen hoc per incuriam scribarum fuisse neglectum.

289. QUÆRITUR 8. Quid juris, si quis Debitori suo debitum leget. Respondet Imperator §. 13. *I. h. t.* [Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, neque ab alio qui hæredis loco sit. Sed & potest à Debitore conveniri, ut liberet eum.] In tali ergo casu nihil legatur debitori, quod jam ante ipsius sit, sed legatur illi jus excipiendi contra hæredem si debitum peteret: Et de hujusmodi legato exstat in Digestis titulus *de Liberatione legata.* Potest autem debiti liberatio etiam ad certum tempus legari, ante quod elapsum exigi non possit, ut in eod. §. subjungitur. *Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ne hæres petat.* Et hoc est potiùs legatum dilationis, quàm liberationis omnimodæ: Prodest autem, ut Usuræ interim exigi non possint.

290. Sed quid si debitor habeat non solùm debita pura, sed aliqua conditionata, pendente adhuc conditione, an legata liberatione à debitis etiam censebitur ab his liberatus? ℞. Negativè, quia necdum simpliciter, & absolutè debentur: nisi alia mens testatoris appareret. Et habetur in lege 46. ff. de leg. 2. *Si scripsisset, qui legabat:* Quidquid mihi Lucium Titium dare facere oportet, Sempronio lego. *nec adjecit:* Præsens, in diemve. *non dubitarem, quantùm ad verborum significationem attineret, quin ea pecunia comprehensa non esset, cujus dies, moriente eo qui testamentum fecisset, nondum venisset.*

291. Multò minùs in generali liberatione veniunt illa, quæ vindicari possunt, sed tantùm personales obligationes. *arg. l. 28. §. 4. ff. de liberat. legata.* v. g. Si Tutori aut Curatori legaretur liberatio, apud quem adhuc aliquid existeret, cujus dominium pertinebat ad testatorem, hôc posset hæres vindicare. Ratio est, quia qui rei vindicatione convenitur, non ut obligatus, sed ut possessor in judicium vocatur.

292. Pari modo, si quis à reddendis rationibus per legatum liberaretur, non propterea residuorum solutio remissa esse censeretur, & multò minùs id quod dolo consumptum & neglectum esset, ac fuisse neglectum probaretur. *l. 9. ff. eod.* [Si quis rationes exigere vetetur, ut est sæpissimè rescriptum, non impeditur reliquas exigere, quas quis ipse reliquavit, & si quid dolo fecit, qui rationes gessit. Quodsi quis & hæc velit remittere, ità debet legare. Damnas esto hæres meus, quidquid ab illo exegeris illâ vel illâ actione, id ei restituere, vel actionem ei remittere.]

293. QUÆRITUR 9. Quid Iuris sit in legato facto Creditori: censeatúrne factum in solutionem debiti, quando de mente testatoris non satis constat. Et quidem si debitum tale esset, quod probari non posset, hæredi autem constaret, hæres in conscientia teneretur solvere debitum, quia præsumeretur Testator voluisse extinguere debitum.

De reliquo ℞. 1. Si testator debet legatario debitum purè legale seu statutarium, cujusmodi est legitima, dos, donatio propter nu-

 ptias,

ptiaa, &c. quæ debita abaque ullo contractu aut pacto sunt à lege introducta ut præstentur, talia debita solvuntur & compensantur, sive ex toto, sive ex parte (secundùm proportionem) per legata tali personæ seu creditori relicta. Colligitur ex *Auth. Præterea. C. Vnde vir & uxor.* ubi postquam constitutum esset, quomodo uxor laborans inopiâ, succedat marito locupleti unâ cum liberis (quam authenticam sup. tract. retuli) denique additur: *& imputabitur legatum in talem portionem.* Item in lege 30. *C. de inoff. testam.* sic habetur: *ut sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, sive non, firmum quidem sit testamentum, liceat verò his personis id quod minus legitimâ sibi relictum est, ad implendam eam exigere, &c.* Vno verbo, constat ex iis quæ suprà diximus de actione ad supplementum.

294. Vnde colligitur, hoc non esse fundatum in præsumptione voluntatis testatoris, sed à lege ità constitutum ideo, quia lex voluit providere quibusdam personis in defectum provisionis hominis: ergo non nisi sub ea conditione: nisi ab homine provideretur. ergo si testator talibus personis per legatum provideat, non debet provisione legis ulteriùs gravari. Ergo in tali casu cessat provisio legis ex ipsa voluntate legislatoris.

295. ℞. 2. Si tamen testator exprimeret aliam causam legandi, ità ut præsumi posset, nolle debitum legale per legatum compensari, utique non compensaretur. Quia integrum est testatori esse liberalem. ℞. 3. Si legatum & debitum sunt res diversæ speciei, v.g. debetur fundus, & legatur pecunia, glossa & DD. communiter negant debitum compensari, arg. *legis ult. C. de Compensat.* ex qua tamen non video quomodo hoc colligatur: meliùs id colligi putarem ex eo, quòd, ut suprà diximus, æstimationi non insit res, & ideo qui æstimationem consecutus est rei legatæ in uno testamento, potest rem eandem legatam in alio testamento adhuc consequi. Ergo si cui debetur fundus determinatè, & ei legetur pecunia, potest ex testamento petere pecuniam, nec per hoc impeditur ex alio titulo v.g. dotis petere fundum, alioquin cogeretur accipere unum pro alio, & jus ad fundum vendere.

296. ℞. 4. Si debitum non sit legale, seu à lege legisque provisione introductum, sed vel ex contractu, vel ex delicto, vel quasi contractu aut quasi delicto, per Iudicis sententiam debitum, uno verbo, quocunque ex facto aut voluntate testatoris debitum, tale debitum non compensatur legato, si hoc testator non exprimat. Ratio est, quia in his debitis cessat ratio allata pro debitis legalibus: & quia legatum est liberalitas & donum: dono autem non extinguitur debitum ex Iustitia commutativa, sed debitum ex gratitudine. Vnde, quia vir debet uxori restituere dotem ex contractu dotali, si quid leget uxori, non compensabitur dotis debitum. Vnde inferunt Theologi: quòd si Maritus res dotales æstimatas accepisset æstimatione faciente emptionem, v.g. fundum, & fundum legaret uxori, hæres adhuc ultra fundum deberet solvere dotem æstimatam. Colligitur hoc ex variis Iuribus. *l. un. §. 3. C. de rei uxor. act.* ibi. [Ità ut uxor & à marito relicta recipiat, & dotem consequatur, nisi specialiter pro dote ea maritus ei dereliquit, cùm manifestissimum sit, testatorem qui non hoc addiderit, voluisse eam utrumque consequi.] Item *l. 85. ff. de leg.* 2. [Creditorem cui res pignoris Iure obligata à debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.]

297. QUÆRITUR 10. Si testator leget Creditori rem debitam, an valeat legatum. ℞. Si nullum penitus commodum inde consequeretur Creditor, sed præcisè id consequeretur, quod absque legato petere posset, non valet, quia est potiùs illusorium. valet autem si aliquod commodum annexum est, v.g. debet testator suo creditori ex Iure tantùm prætorio, deinde habet exceptionem contra Creditorem agentem, si leget rem debitam, valet, quia remittitur exceptio, & pariter actio civilis. *L. 28. ff. de leg.* 1. [Si Creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id, quod ei debeo, legem, utile legatum est, quia remissa esse exceptio videtur: sicut Aristo ait, id quod honorariâ actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.] Item si aliquid debetur primum post certum tempus, valet illius legatum, ut statim debeatur. *L. 82. ff. de leg. 2. Debitor decem legavit Creditori, quæ ei post annum sub pignore debebat: tota decem peti possunt.* Quod autem hac lege dicitur, inutile fore legatum, si dies veniat vivo testatore, videtur improbatum *in §. 14. J. h. t. inf.* ubi dicitur. [Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile nihilominus esse legatum, quia semel constitit, quod & verum est. Non enim NB. placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit à qua incipere non potest.]

CONTROVERSIA IX.

Quandonam Legatarius acquirat Rei legatæ Dominium, & Fructus illius.

SUMMARIUM.

Dies legati cedit à puncto mortis testatoris, etiam ante aditam hæreditatem, nisi legatus sit usufructus, aut libertas. 298.
Hæreditate non aditâ, legata non debentur. 299.
Acceptato legato, retrotrahitur dominium. 300.
Legatarius mortuus needum aditâ hæreditate, transmittit legata ad heredes. eod.
Conciliantur AA. circa inceptionem Dominii. 302.
Quid Iuris, si res incerta, vel sub conditione legata sit, & Legatarius moriatur ante aditam hæreditatem. 303.
Solvuntur Objectiones. 304.
Quid Juris circa fructus interim perceptos. 306. *& seqq.*

PRima sententia est, Legatarium fieri Dominum rei legatæ à puncto aditæ hæreditatis. Ità Ant. Gomez *var. Ref. c.* 12. Fachineus *lib.* 1. *c.* 94. & quidam alii. Secunda sententia est, dominium transire in legatarium à puncto mortis testatoris, Ius verò petendi in Iudicio, tantùm acquiri à die aditæ hæreditatis. Ità RR. communiter. Tertia sententia est, dominium acquiri à puncto agniti & acceptati legati. Ità Cujacius, Petrus Faber, & alii, quos sequitur VVadingus *dub.* 12. *n.* 6. Tota hæc Controversia videtur potiùs esse de nomine, quàm de re: nam quoad rem ipsam conveniunt AA. & convenire debent proptet aperta Iura.

298. Certum enim est primò, diem Legati cedere à puncto mortis testatoris, etiam ante aditam hæreditatem, nisi legatus sit usufructus, vel libertas, ut habetur toto ferè tit. ff. *Quando dies leg. cedat. & quando dies Vsusfruct. Legati cedat.* Diem autem cedere aliud non est, quàm incipere deberi, ut habetur *L.* 213. *ff. de V. S.* ubi his verbis explicatur. *Cedere* diem, significat incipere deberi pecuniam. *Venire* diem, significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Vbi purè quis stipulatus fuerit, & cessit, & venit dies, ubi in diem: cessit dies, sed nondum venit, ubi sub conditione: neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione. Quod de Vsufructu legato dictum, habetur *L.* 1. *ff. Quando dies leg. ced.* [Si purè sit usufructus legatus, vel usus, vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hæreditatem cedit, neque petitio ad hæredem transit. Idem est, si ex die sit usufructus legatus.]

299. Certum est 2. quòd si hæreditas non adeatur, legata non debeantur, ut patet ex suprà dictis, adeo, ut si legata sint relicta in testamento minùs solenni, nec habente clausulam Codicillarem, legata non debeantur ab hæredibus ab intestato.]

300. Certum est 3. quòd quando Legatarius acceptavit legatum, fictione Iuris retrotrahatur dominium ad diem mortis, vel (in casu legati usufructûs, aut libertatis) ad diem aditæ hæreditatis, ut habetur *L.* 86. §. 2. *ff. de leg.* 1. [Cùm Servus legatur, & ipsius servi status, & omnium, quæ personam ejus attingunt, in suspenso est: nam si legatarius repulerit à se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur: si non repulerit, ex die aditæ hæreditatis ejus esse intelligetur.]

Certum est 4. quòd, quando legatarius moritur ante aditam hæreditatem, transmittat legatum ad hæredem, ut habetur in lege 22. § 1. *ff. Quando dies leg. ced.. Quædam autem conditiones etiam supervacuæ sunt, veluti si ità scribat* : Titius hæres esto: si Titius hæreditatem meam adierit, Mævio decem dato: [Nam hoc legatum in diem erit, non sub conditione, quia definitio Labeonis probanda est, dicentis, id demum legatum ad hæredem legatarii transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hæreditas.] & *l.* 5. *eod.* Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad hæredem suum transfert legatum. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit.]

301. Ex his positis facilè relucet, quo sensu Auctores relati diversimodè locuti sint de inceptione dominii penes legatarium.

Qui tertiam sententiam tenent, fundant se in eo, quòd ante acceptationem omnia sint in suspenso, & omnia pendeant ab eo, an acceptetur, vel non acceptetur legatum: & quia positâ acceptatione fingitur dominium incepisse à die mortis, & dicitur retrotrahi ad illud tempus.

Qui tenent secundam sententiam, fundant se in hac ipsa Iuris fictione & retrotractione, & aliud nolunt dicere, quàm quoad effectum, & commodum postea perinde esse, ac si statim fuisset Dominus.

Qui primam sententiam tenent, fundant se in eo, quòd ab aditione hæreditatis pendeat valor legati, & hoc sensu dicunt, non antè intelligi posse in legatario verum dominium, quàm intelligatur valere.

302. Ut ergo à quæstione de modo loquendi abstineamus, & AA. conciliemus, cum distinctione procedendum est, quam reipsâ tradit Molina, & ex eo Lugo. Distinguendum, inquam, est, an res determinata, an indeterminata, an purè, an in diem legata sit. Si sit legata in diem, transit in dominium legatarii veniente die, vel impletâ conditione de futuro. Si purè, sed res indeterminata legata est, ità ut determinatio sit penes hæredem (vocabatur antiquitùs *Legatum damnationis*) non transit dominium ad Legatarium, nec debentur illi fructus, nisi

nisi à tempore, quo hæres fuit in mora tradendi, adeoque tunc quando obligabatur ad determinandum.

Quando autem res determinata, & purè est legata, tunc legatarius non potest quidem ante aditam hæreditatem exigere legatum, cùm hoc sit præstandum ab hærede, hæres autem strictè & cum onere nemo sit ante aditam hæreditatem: unde sequitur, quòd ante aditam hæreditatem legatarius non habeat dominium verum; habet tamen fictione Iuris, hoc sensu: quia postmodum acceptando legatum retrotrahitur dominium ad diem mortis, vel (in casu legati ususfructûs, aut libertatis) ad diem aditæ hæreditatis. Item si legatarius moreretur ante aditam hæreditatem, transmitteret legatum ad hæredem suum. Deinde ab adita hæreditate habet Ius exigendi legatum, quandocunque voluerit: quia tamen penes ipsum est velle, vel nolle acceptare, si non acceptet, censetur nunquam fuisse Dominus: si acceptet, censetur fuisse Dominus à die quo legatum cessit. Unde dicitur, Dominium usque ad acceptationem esse revocabile, non item post acceptationem: hoc sensit, quòd acceptatione positâ teneatur legatarius subire onera, si quæ legato sunt annexa.

303. Quodsi res incerta legata sit, tunc, si moriatur legatarius ante aditam hæreditatem, transmittit etiam Ius ad hæredem. Si verò sub conditione aut in diem incertum fuit legatum, exspirat legatum, si legatarius ante illum diem aut conditionem moriatur: quia quod nondum debitum est, transmitti non potest. Secùs, si in diem certum: tunc enim transmittitur, quia jam antè debetur, licèt non debeatur ità, ut antè solvatur. Hujusmodi conditio etiam est, quæ subintelligitur, *si hæres adeat hæreditatem.* ut patet ex textu paulò superiùs cit. Nam licèt possit non adire hæreditatem, & sic aliquo modo incertus sit eventus conditionis, certum tamen est, quòd ipse hæres non possit gaudere legato ex defectu conditionis, si enim non adeat hæreditatem, utique nec legatum consequetur. Uno verbo hæc conditio: *si hæres adierit hæreditatem.* ideo non impedit transmissionem legati, quia est conditio inexistens & universalis, saltèm quoad legata profana.

Hinc apparet, quo sensu aliqui valdè commodè, & ad confusionem cavendam, triplex dominium in legatario distinguant. Primum est, quod fingitur habere à puncto mortis testatoris usque ad aditionem hæreditatis, & hoc est dominium fictum. Secundum, quod habet ab aditione hæreditatis usque ad acceptationem, & hoc est dominium verum, sed revocabile, quatenus legatum potest repudiari, quo casu nunquam censetur fuisse Dominus. Tertium irrevocabile, quod acquirit per acceptationem. De primo loquitur & sentit secunda & communis sententia. De secundo loquitur prima sententia. De tertio tertia sententia.

Ex quibus omnibus apparet, Dominium strictè & magis propriè sumptum, incipere per acceptationem, & hoc sensu præferendam esse tertiam sententiam. Contra quam

304. Objicies 1. Pupillus prohibetur à lege repudiare fundum sibi legatum, & hoc ex eo capite, quia talis repudiatio esset alienatio, pupillus autem alienare nil potest: atqui non esset alienatio, si ante repudiationem necdum fuisset Dominus: ergo jam antè fuit Dominus. Major habetur *in lege 5. §. 8. ff. de rebus eorum qui sub tut. Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Prætoris auctoritate non potest: esse enim & hanc alienationem, cùm res sit pupilli, nemo dubitat.* Ad hoc respondent variè Interpretes. Gæddæus respondet, Ulpianum intelligendum de certa specie legatorum, quæ olim dicebatur legatum Vindicationis: Hæc est mera divinatio, & verba sunt universalia. Petrus Faber respondet, hoc esse in pupillo speciale, cui Ius facit peculiarem favorem. Neque hæc responsio satisfacit, quia Ulpianus fundat se in eo, quòd pupillus ratione conditionis suæ non possit alienare sine Magistratûs auctoritate: ergo tacitè fatetur, posse alienare cum auctoritate Magistratûs: ergo supponit pupillum Dominum præcisè vi legati facti.

Respondet 3. P. Wadingus, legem allatam esse intelligendam de Repudiatione post agnitum legatum: & hoc inde putat se colligere, quia Ulpianus dicit se tradere doctrinam certam, & de qua nemo dubitat, quòd nempe illa repudiatio sit vera alienatio rei suæ. atqui Repudiationem ante acceptationem esse veram alienationem rei suæ, non solùm non est doctrina certa, sed etiam est contraria ipsi Ulpiano, *L. quod autem ff. quæ in fraudem creditorum:* ubi negat repudiationem legati esse alienationem aut patrimonii diminutionem, sed tantùm non acquisitionem lucri: idémque habetur *lege 1. ff. si quid in fraudem:* ubi generatim docet Ulpianus, repudiationem legati non esse diminutionem rei suæ. Confirmatur hoc ex alia doctrina, quòd si Religiosus repudiaret aliquam hæreditatem sibi delatam, non peccaret contra paupertatem, sicut nec Prælatus contra *Extrav. Ambitiosæ.*

Responderi potest 4. Hoc argumento probari quidem dominium aliquod, nempe revocabile, sed non dominium strictiùs sumptum, & irrevocabile, ut explicatum est. Et licèt Repudiatio non sit alienatio rei legatæ, est tamen alienatio seu extinctio juris acceptandi, vel transmittendi ad hæredes: & hujus Iuris extinctio etiam denegatur pupillo.

305. Objicies 2. Dies legati cedit à morte testatoris, ergo debetur legatum à morte testatoris; ergo legatarius est Dominus rei legatæ.

gatæ. ℟. Negando secundam consequentiam: quin imò strictè dominium eorum non habemus, quæ strictè loquendo dicuntur deberi. Res promissa utique debetur; nec tamen ante traditionem sum Dominus illius. Legatum ante acceptationem seu petitionem nō debetur absolutè sed conditionatè: *quando petiero aut acceptavero.* & acceptatione positâ transit dominium rectâ viâ, non ab hærede (qui non fuit unquam Dominus legati) sed à testatore ad legatarium: & tunc debetur illius traditio legatario, sicut debetur traditio rei meæ quam apud alium existentem vindico.

306. Ex dictis de Dominio nascitur Quæstio, an quando hæres tenetur solvere legatum, teneatur illud solvere unà cum omnibus fructibus interea perceptis. Ferdinandus Vasq. §. 17. *n.* 125. cum pluribus aliis tenet, non reddendos esse omnes fructus perceptos à morte testatoris, quibus casibus dominium ad illud tempus retrotrahitur, sed solùm perceptos post aditam hæreditatem, perceptos verò ante aditam hæreditatem pertinere ad hæredem. Communior tamen est sententia, deberi etiam perceptos à die mortis. Ab his communioribus sententiis recedunt Godefredus, Cujacius & Treutlerus cum quibusdam aliis, quos sequitur P. VVadingus, qui tamen fatetur in praxi servari communiorem sententiam, quæ fructus à die acquisiti dominii legatario adjudicat. Illi ergo Authores, Iuris apicibus inhærentes, docent non deberi fructus nisi perceptos post litis contestationem, quando hæres incepit esse in mora.

307. DICO 1. Fructus illi, qui evadunt aliquo modo pars rei legatæ, omnes pertinent ad legatarium à die mortis testatoris. Neque hoc volunt negare AA. tertiæ & primæ sententiæ. Colligitur ex lege 20. *ff. de leg.* 1. *Grege legato, & quæ postea accedunt, ad legatarium pertinent.* §. 18. *Inst. h. t.* ibi. *Grege autem legato etiā eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait.* Non est autem alia hujus rei ratio, quàm quòd illa capita evadant pars gregis: & sicut ea quæ pereunt sine culpa hæredis, non debentur, sed pereunt legatario, ità & augmentum gregis æquum est ad ipsum pertinere, & hæc videtur esse mens testatoris. Idem dicendum de fructibus pendentibus, vel solo legato hærentibus tempore mortis testatoris, si ad illud tempus retrotrahatur dominium.

308. DICO 2. Inspecto Iure scripto (quidquid sit de consuetudine, de qua mihi non constat) fructus alii legatario non cedunt nisi illi, qui percepti sunt vel à legatario percipi poterant, postquam hæres fuit in mora solvendi legatum petitum. Probatur ex *L. fin. C. de usuris & fructibus legatorum*; ad quem locum propriè spectabat hujus quæstionis decisio. [In Legatis & Fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis consequuntur, sive in rem sive in personam agatur.] Idem dixerat Vlpianus in *L.* 39. *ff. de leg.* 1. §. 1. [Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos hæres percepit, sed quos legatarius percipere potuit.] atqui non poterat percipere fructus, antequam legatum erat solvendum. Ergo, &c.

309. Confirmat hoc optimè P. VVadingus ex Novella 131. c. 12. ubi ex peculiari favore conceditur, ut quando hæres est in mora solvendi legatum ad piam causam, debeat in pœnam restituere omnes fructus & usuras à die mortis testatoris perceptos. ibi sic habetur. [Si autem legatum ab aliquo ad pias relinquitur causas, jubemus intra sex menses ab insinuatione testamenti numerandos, hoc modis omnibus præberi quibus relictum est. Si autem distulerint, qui in hoc onerati sunt, hujusmodi præbere legatum: & fructus, & usuræ, & omne legitimum exigatur augmentum à tempore mortis ejus, qui hoc reliquit.] Ergo si in mora non est, non sunt fructus restituendi.

Objicies. Fructus rei sequuntur dominium, quia unaquæque res fructificat Domino suo. Ergo saltèm à die acceptationis, si legatarius legatum petere differat, nihilominus illi fructus debebuntur. ℟. Distinguendo antecedens. Nisi aliter in Iure constitutum fuerit, conceditur, secùs negatur. Neque solus præsens casus est in Iure exceptus, nam etiam aliqui fructus rei emptæ, & necdum traditæ fiunt emptoris, quamvis ante traditionem non sit Dominus, ut dicam tomo 3. *tract. de Emptione, Vendit.*

CONTROVERSIA X.

Alia Quæsita de Rei Legatæ Decremento vel Incremento & Fructibus expediuntur.

SUMMARIUM.

Si res legata pereat, cujus sit damnum. 310. 311.
An destructo legato quoad principale, valeat quoad accessorium. 312.
Conciliantur leges. 313. 314.
Cuinam cedat incrementum rei legatæ, vel decrementum. 315. *& seqq.*
Quid juris, si peculium legatum augeatur. 319.
Quid juris, si domus legata adhuc vivo testatore destruatur. 320.
Ad quem spectent fructus ex legato ad diem facto tempore intermedio percepti. 321.

310. QUÆRITUR 1. Si res legata pereat, antequam legatum solvatur, cujus sit damnum. Ad hoc respondet Imperator §. 16. J. h. t.

J. h. t. [Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si verò hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri ipsum Julianus scripsit. Nec interest, sciverit, an ignoraverit à se legatum esse. Sed etsi alii donaverit servum, & is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres, quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.]

311. REGULA ergo est. Si res aliqua particularis, seu in specie, ut fundus Tusculanus, Stychus, &c. fuerit legata, & sine culpa hæredis perierit, damnum est legatarii, & hæres liberatur. Aliud est, si res legata consistat in numero pondere, aut mensura, ut si certa summa pecuniæ, aut frumenti legata esset, tunc enim damnum sentiret hæres. *L.* 12. *ff. de leg.* 2. [Si pecunia legata in bonis legantis non sit, solvendo tamen hæreditas sit, hæres pecuniam legatam dare compellitur, sive de suo, sive ex venditione rerum hæreditariarum, sive unde voluerit.]

Quodsi post moram hæredis res legata apud hæredem perierit, tunc è contrario, per se loquendo, debet hæres damnum resarcire, & æstimationem legati solvere.

Dixi. *Per se loquendo.* Non enim hoc ità universaliter verum est, ut aliqui Iuris Interpretes asserere videntur. Si enim, etiam post moram, res legata ità pereat apud hæredem, ut eodem modo, eodémque infortunio fuisset peritura apud legatarium, tunc ex certa Theologorum doctrina, tradita in to. 1. hæres non tenebitur, quia supposito tali eventu legatarius in rei veritate nullum damnum occasione moræ passus est. Pone, quòd ædes habuerint vicinas, & utriusque ædes communi incendio conflagraverint, & certum sit, quòd legatarius rem in ædibus retinuisset, si tradita ab hærede fuisset. certè in tali casu nihil conqueri potest legatarius de mora. Hoc sanè videtur agnovisse Iure-Consultus Cajus in lege 14. §. 1. *ff. depositi.* ubi ad nostrum propositum sic docet. [Sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum hærede ejus, & sua natura res ante rem judicatam intercidirit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus & Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere. NB. utique cùm interitura esset ea res, etiamsi restituta esset actori.]

Recipiunt hanc doctrinam etiam nobiles Juris Consulti, quos refert & sequitur Io. Harpprecht in *d.* §. à. *n.* 10. & rem *n.* 13. aptis exemplis illustrat. Finge, inquit, pupillum esse, qui prædium, qui ædes suas repetat. non possunt hæ res, etsi restituantur, à pupillo sine decreto alienari. Neque porrò ex decreto alienatio permittitur, si aliunde habeat, unde se sustentet, & creditoribus satisfaciat. Finge ædes, quas actor petit, ibi esse ædificatas, ubi ex publico decreto destrui jubeantur, atque interim incendio consumptas. Rursus finge, rem tam vilem, & abjectam tempore interpellationis existere, ut nullum prorsus emptorem possit reperire, etsi maximè vendere cupiat. Istis & similibus casibus, si res pereat, actori potiùs quàm reo perire debet. Quia nihil jam ostendi potest, quod actor habiturus fuisset, si rem statim debitor tradidisset: cùm res fato & naturali interitu æquè periisset restituta: nec antequam periret, distrahi potuisset, ut aliquid pretii actor accepisset. Ità ille.

312. QUÆRITUR 2. Si fuerit Legatum aliquid principale cum suo accessorio, utrum destructo vel alienato principali, censeatur legatum penitus extinctum, vel an valeat quoad accessorium. De hoc exstat. §. 17. Inst. h. t. in quo videri possit Imperator aliquo modo sibi contrarius esse, dum in aliquibus affirmat, in aliquibus negat extingui legatum quoad accessorium. [Si quis, *inquit*, Ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerunt, partus legato cedunt. Idem est, & si ordinarii servi cum Vicariis legati fuerint: quia licèt mortui sint ordinarii, tamen Vicarii Legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit.]

313. Verùm, in his nulla est contrarietas. Et quidem quod ad primum exemplum attinet, negandum est, quòd partus editus sit accessio ancillæ matris, sicut nec fructus dicitur esse, cùm indignum naturâ humanâ sit, hominem, cujus gratiâ omnes alii fructus à Deo producti sunt, inter fructus numerari. Adhuc inconvenientiùs diceretur homo esse accessorium alterius hominis, quandoquidem omnes homines ad eundem finem æternæ beatitudinis creati sint: ergo non potest unus respectu alterius ex natura rei esse accessio, seu purum medium ad aliud ordinatum. Et habetur etiam in lege 62. *ff. de Leg.* 1. [Si ancillas, & quod ex his natum est, testator legaverit, unâ mortuâ Servius partum ejus negat deberi, quia accessionis loco legatus sit, quod falsum puto (*inquit Celsus*) & nec verbis nec voluntati defuncti accommodata hæc sententia est.] Hinc etiam patet responsio ad secundum exemplum de Servis ordinariis, & Vicariis, nam Vicarii servi non habent rationem accessorii, nisi valde per accidens. Peculium autem ex hominum consueta ordinatione est accessorium illius, cui conceditur, & Instrumenta rustica ex eadem ordinatione habent rationem accessorii & puri medii.

314. Cæterùm, ubi [illegible]
videtur è diametro co[illegible]
structo vel Instrum[illegible]
men inter *fun*[illegible]

mento legatum. cùm tamen Imperator de utroque eodem modo pronunciet. Lex ità habet. *Si cui fundum & instrumentum ejus legare vis, nihil interest, quomodo leges:* Fundum & instrumentum. *an.* Fundum cum Instrumento. *an.* Fundum instructum. Paulus. *Imò contra* (inquit Labeo) *nam inter ea legata hoc interest, quòd si fundo alienato mortuus fuerit, qui ità legavit, ex hac Scriptura:* Fundum cum Instrumento: *nihil erit legatum, ex cæteris poterit instrumentum esse legatum.* Interpretes conantur subtilius quàm credibilius discrimen dare inter ea, inter quæ Labeo facit discrimen, & dicunt, quòd Legatum *fundi instructi* sit pinguius, quia non tantùm instrumentum agri, sed etiam ipsius patris familias proprium instrumentum continet. Sit ità. quid tum? ergo non est accessorium; hoc certè non infertur. Sed quidquid de hoc sit, hoc non conciliatur hæc lex cum parag. Institutionum, ubi pariter de utroque legato pronuntiatur: & huic est standum, nisi fundus instructus contineret aliquid, quod non potest habere rationem accessionis, ut sunt servi.

315. QUÆRITUR 3. Si id quod legatum est, sub eo nomine, & conceptu, sub quo legatum est, capit incrementum, vel decrementum, v. g. Grex, cui cedat incrementum, aut decrementum post factum testamentum. Ad hoc respondet Imperator §. 18. & 19. [Si Grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait: Ædibus denique legatis columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.]

316. Objici posset 1. Pereunte re legatâ, perit legatum. Sed si grex redigatur ad unam ovem, grex periit: ergo etiam perit legatum Gregis: ergo ovis residua vindicari non potest à Legatario, ut fieri posse dicit hic Justinianus. Minor probatur. Quia Grex non constituitur pauciori bus, quàm decem capitibus. *L. fin. ff. de Abig.* ℞. Distinguendo majorem: si pereat adæquatè, conceditur, secùs negatur, si ex mente testatoris colligatur, quòd etiam residuum quantumvis exiguum voluerit esse legatarii. atqui qui gregem donat, utique censetur etiam singulas oves donatus fuisse.

317. Objici posset 2. Usufructu Gregis legato perit ususfructus, si grex redigatur ad eum numerum ut non intelligatur ampliùs esse Grex. *L. fin. ff. Quibus modis ususfructus amittatur.* Ergo etiam legatum peribit, quando legatus est grex, & periit in ratione gregis. ℞. Negando co[...] quia [...]sfructus censetur legatus eo [...] subsistit in ratione ususfru[...] Iure constitutum est, ut o[...]n grege, censetur legatum perire, quando perit Grex, quia perit ususfructus, in quo indivisibiliter residet ratio Legati.

318. Objici potest 3. Si quis legavit bovem, & bos sit mortuus ante testatorem, corium non potest vindicari. ergo nec una ovis legato grege. Quia sicut corium non est bos, ità nec ovis est grex. Antecedens habetur *Lege 49. pr. ff. de Legatis. 2. Mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur.* Respondeo negando consequentiam & paritatem. Neque enim verum est, quòd ovis non sit grex sicut corium non est bos. Nam ovis ità est pars gregis, ut quamdiu existit, semper sit apta constituere gregem, quia definit esse pars gregis præcisè per sublationem aliarum, loco quarum possunt aliæ substitui: ergo ovis semper manet apta inducere iterum formam gregis. Sed Corium bovis mortui nunquam ampliùs induet formam bovis vivi. Sic etiam potest reddi ratio, cur [...]ge 8. ff. de leg. 1. dicatur. *Si ex toto fundo lega[...] [...]tator partem alienâsset, reliquam duntaxat partem deberi placet. quia etiam si adjecisset aliquid ei fundo, augmentum Legatario cederet.* Nempe quia pars non alienata non propterea desiit esse apta constituere fundum. Quòd autem Legatarius non possit petere totum fundum, inde est, quia per alienationem partis est ex parte revocatum legatum.

319. QUÆRITUR 4. Quid Iuris sit, si alicui legetur Peculium, & illud ante aditam hæreditatem augeatur. Potest autem legari, vel servo unà cum libertate, vel peculium servi extraneo. Potest item augmentũ, & incrementum accipere, vel ex ipsis rebus peculiarib⁹, vel aliunde, ut ex legatis, donationibus, labore, quæstu. ℞. Nunc breviter: (nam res hæc hodie vix usum habet) Si quid vivo testatore peculio accedit undeconque, vel decedit, id Legatario accedit, vel decedit. Quodsi verò post mortem testatoris ante aditam hæreditatem accipiat incrementum, tunc si legatum est peculium ipsi servo cum libertate, totum legatario cedit, si extraneo, cedit quidem etiam legatario quoad augmentum proveniens ex ipsis rebus peculiaribus, ut ex fœtu pecorum, sed augmentum extrinsecùs adveniens spectat ad hæredem. Quæ omnia videntur statuta ex præsumpta voluntate testatoris, & habentur §. 20. *Instit. h. t.* [Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro, vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit: omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, Legatario cedere, quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum fuerit, manu-

manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur.]

320. QUÆRITUR 5. Si domus legata sit, & adhuc vivo testatore destructa, quid Iuris habeat legatarius. ℞. Si non fuit à testatore domus reparata, debetur legatario area. Si verò domus fuerit de novo exstructa, & non merè successivè reparata, nec domus, nec area pertinebit ad legatarium, sed ad hæredem. *L. 65. §. 2. ff. de led. 1.* [Si domus fuerit legata, licèt particularim ità resecta sit, ut nihil ea pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum: at si eâ domu destructâ aliam eodem loco testator ædificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.]

321. QUÆRITUR 6. Ad quem pertineant fructus legati facti in diem certum, percepti tempore intermedio. ℞. Cum distinctione. Si enim adjectus est dies, & facta dilatio in favorem hæredis, pertinebunt ad hæredem, si verò in favorem legatarii, pertinebunt ad legatarium. *L. 43. §. 2. ff. de leg. 2.* [Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse cujus causâ tempus delatum sit, utrumne hæredis, quo casu hæredem fructum retinere debere: an legatarii, velut si in tempus pubertatis ei, qui impubes est, fideicommissum relictum sit: tunc enim fructus præstandos & antecedentis temporis: & hæc ità intelligenda sunt, si non nominatim adjectum est, ut cum incremento hæres fideicommissum præstet.]

CONTROVERSIA XI.

Quomodo Legatum possit in arbitrium alterius conferri.

SVMMARIVM.

Legatum non potest conferri in arbitrium hæredis. 322.
An possit conferri in arbitrium Legatarii. 323.
De quali arbitrio intelligenda lex 75. ff. de leg. 1. eod.

Est hæc quæstio similis illi, quâ præced. Tractatu quæsitum est, an possit hæredis institutio in alienum arbitrium committi.

322. Imprimis in arbitrium hæredis committi non potest, & perinde esset, ac si commissio facta non esset, adeoque legatum est purum, si factum sit hoc modo. *Lego Paulo* 100. *si hæres voluerit. l. 43. §. 2. ff. de leg. 1. Legatum in aliena voluntate poni potest, in hæredis non potest.* Ratio est, quia nulla foret obligatio, quæ tamen est de natura legati. Si tamen dictum est: *Cùm hæres voluerit*: valeret ad hoc, ut solutio posset ab hærede usque ad mortem differri. *L. 11. §. 6. ff. de leg. 3.* ubi dicitur: *Hoc autem legatum: cùm voluerit, tractum habet, quamdiu vivat is, à quo fideicommissum relictum est: verùm si antequam dederit, decesserit, hæres ejus præstat.* Posset etiam ad valorem legati, aut fideicommissi requiri consensus hæredis, quo semel præstito non poterit variare. & hic est sensus §. 5. *eod.* ubi dicitur. *Sic fideicommissum relictum*: nisi hæres meus noluerit, illi decem dato: *quasi conditionale fideicommissum est, & primam voluntatem exigit: ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.*

323. Quando verò legatum confertur in arbitrium legatarii, an aliquid operetur, potest meritò dubitari. Quia conditio hæc: *Si legatarius voluerit*, semper inesse videtur, quia integrum illi est, repudiare. Ob hanc causam negat aliquid operari Trentlerus *th. 6. lit. D.* non rectè tamen pro se citat Donellum, *6. Commentar. 15.* ut advertit Hunnius, qui subtiliter ostendit, quid talis conditio adjecta operetur: nempe ob expressam adjectionem fit ex mente testatoris eatenus conditionale, ut ei noo acquiratur dominium ignoranti, nec retrotrahatur ad punctum mortis, sed acceptationis tantùm: & hoc sensu non inest conditio acceptationis omni legato: sed hoc solo sensu inest illa conditio, quando non adjicitur, quòd sensus sit, non esse legatario impositam oecessitatem acceptandi.

Cæterùm, si *Arbitrium* strictiùs sumamus, non merè pro libera & arbitraria voluntate, aut noluntate, sed potiùs pro Arbitrio intellectuali, prout viri boni arbitrium accipitur, nempe pro Iudicio prudente quòd expediat, tale legatum Paulo relinqui, tunc hoc sensu certum est, posse in hæredis etiam, sicut cujusvis alterius arbitrium committi. & hoc sensu intelligo textum legis 75. *pr. ff. de leg. 1.* *Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum*: Si æstimaverit hæres: si comprobaverit: si justum putaverit: *& legatum & fideicommissum debebitur: quoniam quasi viro potiùs bono ei commissum est, non in meram hæredis voluntatem collatum.* Unde si reverâ in conscientia, absque cæco lucri affectu, judicaret, non esse æquum, &c. posset rem legatam retinere, quia conditio deficeret ex mente testatoris. Et idem habetur *L. 11. §. 7. ff. de leg. 1.* [Quanquam autem fideicommissum ità relictum non debeatur: *si volueris*: tamen si ità adscriptum fuerit: *si fueris arbitratus*: *si æstimaveris*: *si utile tibi fuerit visum, vel videbitur*: debebitur. Non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.]

Hinc à fortiori constat posse in arbitrium extranei conferri legatum, & etiam in illius consensum, si fortè illius intersit, legari vel noo legari.

CON-

CONTROVERSIA XII.

Quid contineat Legatum Omnium Mobilium certo loco contentorum.

SUMMARIUM.

324. QUÆRITUR 1. An nomine *Mobilium* comprehendantur Iura & Actiones, quæ (ut to. 1. vidimus) vocantur Res incorporales. ℞. In rigore Iuris Res Incorporales nec nomine *Mobilium*, nec Immobilium comprehendi, sed constituere tertium genus bonorum; adeoq; divisionem bonorum in mobilia & immobilia, non esse divisionem immediatam rerum: immediata enim divisio est in Res Corporales & incorporales; deinde verò rerum Corporalium subdivisio est in res mobiles & immobiles. Colligitur ex lege 15. §. 2. *ff. de re Iudicata.* ubi jubentur pignora capi primò in mobilibus: secundò in immobilibus, denique in Iuribus. Cæterùm, familiaris modus loquendi hominum est, quo putant omnia sua bona sufficienter enumerari per: Mobilia & Immobilia, & solent actiones competentes pro rebus mobilibus annumerari mobilibus, actiones verò convenientes pro immobilibus, solent annumerari immobilibus. Vnde si constaret, hoc sensu solitum esse de mobilibus loqui testatorem, legatis omnibus mobilibus, etiam actiones pro rebus mobilibus legatæ censerentur.

325. QUÆRITUR 2. An legatis omnibus mobilibus, etiam pecunia numerata censeatur esse legata. Quæstioni huic tribus verbis respondet P. Molina affirmativè, aitque de hoc non esse dubitandum, quia certum est esse rem mobilem. Æquè breviter expedit quæstionem P. Dicastillo. Sed res non est adeo expedita.

Imprimis advertunt Juristæ, quòd multi homines soleant nomine *mobilium* intelligere res mobiles minoris pretii, pecuniam autem seorsim asservaram vocare suum *Thesaurum*, seu *Substantiam*: & sic distinguere Res mobiles à pecunia, & talis persona non censeretur nomine *mobilium* voluisse legare *Pecuniam*.

Insistendo autem communi modo loquendi, Pecunia venit nomine mobilium, & habetur in lege 79. §. 1. *ff. de legatis* 3. cum exceptione ibid. posita: *His verbis*: Quæ ibi mobilia mea erunt, do lego. [Nummos ibi repositos ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: & eos quos præsidii causâ repositos habet (*ut quidam bellis civilibus factitassent*) eos legato contineri, & audisse se rusticos senes ità dicentes: pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod præsidii causâ seponeretur.]

326. Objici tamen potest, ex lege 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. ubi testator filio suo legaverat fundum cum suis habitantibus, & quæ ibi sunt, & non censetur pecunia legata. Textus sic habet, & est sanè difficilis. [Mævi fili, quòd jam tibi maximam partem facultatum dederim, contentus esse debes fundo Semproniano cum suis inhabitantibus, id est, familia & quæ ibi erunt. quæsitum est de nominibus debitorum & nummis. Responsum est, nomina & nummos non videri deberi, nisi manifestè de his quoque legandis voluntas defunctæ approbaretur.] Non minùs difficilis textus est in lege 92. §. 1. *ff. eod.* *His verbis domibus legatis*: Fidei hæredum meorum committo, ut sinant eam habere domos meas, in quibus habito, nullo omnino excepto, cum omni instrumento, & repositis omnibus: *non videri testatorem de pecunia numerata, aut instrumentis debitorum sensisse.* Ad hos textus respondet Tteutlerus, distinguendo utrum principaliter legata sint mobilia, hoc est directè, ut: *mobilia mea tibi do lego.* an verò in consequentiam, ità ut domus vel fundus principaliter, accessoriè verò mobilia sint legata, ut in casibus legum allatarum; & in posteriori putat non inesse legato pecuniam, quia non est verisimile pecuniam paratam pro accessorio domûs à testatore haberi. Verùm hoc ipsum esset ulteriùs probandum: cur enim pecora, vestes, frumentum, oleum, vinum, &c. sunt accessoria, & non pecunia? Mibi fundamentalis ratio esse videtur, quòd Pecunia non sit ex illis rebus, quibus tanquam supellectile soleant communiter domus esse instructæ, quia potiùs sunt ejusmodi, ut si quis eas posset semper sine incommodo sibi præsentes habere, non reponeret in domo, eo quòd pecunia sit virtute omnia: quare testator videtur suam intentionem ad ea restrinxisse, quæ solent venire nomine supellectilis, & germanicè vocantur in Calepino, *Fahrende Haab*; seu *mobilia.* & quæ dicuntur esse in *penu*, seu provisione necessariorum ad vivendum: inter quæ nemo numerat pecunias. Aliter respondet Menochius (si tamen aliter) *lib. 4. Præsumpt.* 137. *n.* 8. nempe pecuniam propter celerem motum & usum continuum, non

 ad-

adnumerari illis quæ in fundo vel domo sunt, utpote quæ nec ibi esse censeatur.

327. QUÆRITUR 2. Utrum pecunia pro emptione immobilium destinata, sit computanda inter immobilia, adeoque legato omnium mobilium non contineatur, sed benè legato immobilium. Prima sententia vult computari inter immobilia. Secunda & communior vult adhuc computari inter mobilia.

Probatur hæc sententia. Vel enim Pecunia consideratur in concreto, vel in abstracto. Si consideretur in concreto, est res corporalis mobilis: ergo legato mobilium continetur. Si verò consideretur in abstracto (Philosophi dicerent *formaliter*) nempe pro quantitate valoris, tunc Iuridicè loquendo nec inter res mobiles nec immobiles comprehendetur, quia ut sic non est res corporalis, sed incorporalis: quia tamen hæc forma recipitur in re mobili, ut sic rebus mobilibus adhuc adnumerabitur. Cùm ergo nullus textus ex Iure possit adduci, quo statuatur, ut pecunia destinata ad emptionem immobilium inter res immobiles numeretur, non est his adnumeranda.

328. Objicitur lex 3. §. 6. *ff. de contraria tut. act.* ubi dicitur, pecuniam pupilli depositam ad emptionem prædiorum, non posse alienari à tutore, sine decreto Iudicis. atqui immobilia tantùm prohibentur alienari: ergo, &c. ℞. Ex favore pupillorum hoc specialiter statutum esse. textus sic habet. [Quid ergo si de re pupillari non potuit sibi solvere (*tutor*) quia erat deposita ad prædiorum comparationem? Si quidem non postulavit à prætore, ut promatur pecunia, vel hoc minùs deponatur, sibi imputet: si verò hoc desideravit, nec impetravit, dicendum est, non deperire ei usuras contrario judicio.] Itaque non est concessum tutori, solvere sibi ex pecunia pupilli, si à patre destinata fuit ad prædiorum emptionem, nec pater talem voluntatem revocavit. Quando verò testator deposuit quidem pecuniam eâ intentione, ut inde emerentur prædia, si tamen postea omnia mobilia legavit, censebitur voluntatem mutâsse, nisi aliunde constet de contraria intentione. Neque universim verum est, quòd destinatum habeatur pro re perfecta, sicut aurum ceptum laborari habetur pro facto potiùs quàm infecto, ut habetur *lege* 19. §. 12. *v. quid ergo ff. de auro & arg. leg.* nam aurum ceptum laborari jam induit aliquam formam artificialem, licèt non absolutam. De inceptione verò seu destinatione solâ mentali & intentionali hoc non procedit; nam, ut benè notat Gail *lib.* 2. *obser.* 11. multa animo patrisfamilias concipiuntur, quæ tamen intentio & destinatio potest de facili mutari. Sic etiam destinata ad exornandum ædificium non habentur pro affixis ædificio, & ideo si talia legentur valet legatum, non valiturum, si ædificio affixa essent: pro quo est textus rotundus in lege 41. §. 14. & 15. 16. *ff. de leg.* 1. [Sed si paravit quædam testator quasi translaturus in aliam domum, & hæc legavit, dubitari poterit, an valeat? puto valere. Sed NB. si ea quæ legavit, ædibus junxit, extinctum est legatum. Sed si hærea ea junxit, puto non extingui.] Inquit Vlpianus. Ità etiam solâ animi destinatione non fit res sacra: ergo neque immobilis. Antecedens colligitur *ex lege* 3. *C. de furtis. Si nondum rem templo divino dedicatam viticus tuus furto abstulit, habes adversus eum furti actionem.* ubi glossa ait: destinatione solâ dedicationis non transit res privata in sacram, non fit sacra, neque templo quæritur actio. Itaque quando solâ destinatione res non perficitur, sed facto hominis opus est, prout opus est in comparatione rerum immobilium, non adipiscuntur res destinata naturam illius rei ad quam destinata est.

329. QUÆRITUR 3. Utrum pecunia ex venditione rerum immobilium redacta, inter immobilia computetur, vel mobilia. Respondeo, consentaneè ad præcedentia, venire nomine mobilium, quòd enim ex immobilibus venditis habeatur, non mutat ejus naturam.

Objicies. Subrogatum sapit naturam illius, in cujus locum subrogatur: atqui pecunia redacta ex re immobili, subrogatur in locum rei immobilis: ergo sapiet naturam rei immobilis. Major & Minor propositio probatur ex lege 32. *ff. de jure dotium. Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quæ fructus non essent, sive superficiam ædificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.* ℞. Distinguendo majorem, si succedit & subrogatur tantùm materialiter, nego majorem: si subrogatur formaliter, hoc est, in eum finem, ut illud repræsentet, prout fit in casu legis adductæ, ubi pecunia subrogatur, ut repræsentet rem dotalem, & sit ipsa dotalis, concedo majorem. Sed non ità subrogatur pecunia rebus venditis, quia pecunia postmodum non magis repræsentat unum quàm aliud per illam pecuniam comparabile, sed ad omnia fit indifferens.

330. QUÆRITUR 4. An, si legata sint illa bona quæ in tali determinato loco, v. g. in tali camera, continentur, hoc legato comprehendantur Iura & Actiones, quarum documenta, seu instrumenta aut chirographa in tali loco asservantur. ℞. Negativè *l.* 86. *pr. ff. de Legat.* 2. ubi ponitur legatum sic factum. Gaius, Seius pronepos meus hæres mihi esto ex Semisse bonorum meorum, excepta domu meâ, & paternâ in quibus habito cum omnibus quæ ibi sunt. Quæ omnia scias ad portionem hæreditatis, quam tibi dedi, non pertinere. [Quæro,

to, cùm fit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an hæc omnia quæ ibi inveniuntur, ad alios hæredes institutos debeant pertinere. Paulus Respondet, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia: in cæteris verò nullum prooepoti locum esse.]

Ratio autem est, quia documenta & instrumenta sunt quidem res mobiles & corporales loco contentæ, si considerentur materialiter, sed non, si formaliter, hoc est ratione Iuris, ad quod probandum sunt erectæ litteræ: nam hæc forma est res incorporalis, nullo loco circumscripta: neque illa charta est formaliter ipsum Ius & actio competens, sed est merum signum probativum illius, sicut hedera est signum animi, & intentionis vendendi vinum. Hinc est, quòd chirographa materialiter spectata non sint alicujus æstimationis, & valoris, benè tamen quatenus denominantur instrumenta apta ad probandum Ius existens, quod Ius existeret, etiamsi omnis scriptura periret; quod signum est, Ius ipsum non esse inclusum chartæ, & mediante chartâ loco in quo est charta.

Dices: cur ergo Iure statutum est, quòd legato chirographo censeatur legatum Ius & obligatio? *L. 44. §. 5. Eum qui chirographum legat, debitum legare, non solùm tabulas, argumento est venditio, nam cùm chirographa veneunt, nomen venisse videtur.* R. Quia ità præsumitur de mente testatoris: qui enim vult alterum honorare instrumento probativo, utique non vult solam chartam legare, quæ legatario nihil prodesset, hæredi autem creditori ejus absentia multùm obesset: censetur ergo legâsse illud, ad quod probandum servit illa charta. Hinc

331. Infertur 1. Si nihil aliud contineretur, aut contentum fuisset tempore conditi testamenti, in illo scrinio, vel capsula, quàm chirographa, aut instrumenta, & legâsset testator, quidquid ibi est, censerentur ipsa nomina & obligationes esse legatæ: alioquin legatum esset illusorium.

332. Infertur 2. Si quid casu, & præter intentionem testatoris illatum esset in talem locum, illud non censeretur legatum, sicut nec, si quid præter ejus intentionem inde ablatū esset, minueretur legatū. *L. 86. ff. de leg. 3.* ibi. *Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minùs esse legatum, nec quod casu ibi sit, magìs esse legatum.*

333. Infertur 3. Si quid, etiam sciente testatore, post factum testamentum in talem locum inferretur, neque constaret fuisse illatum animo augendi legatum, non censeretur legatum: quia verba non significant nisi illa quæ tunc ibi existunt, quando testamentum factum est: deberet ergo potiùs dicere: *quæ tempore mortis ibi erunt.* Similiter è contrario, si quid ipso sciente auferretur, nec posset constare de animo diminuendi legatum, adhuc legatum censeretur; secùs esset si ipsemet aufferret, tunc enim quoad illud censeretur revocatum legatum.

Infertur 4. Rebus legatis in tali loco existentibus, non censeri legatas res venales ibi repertas, quia testator non videtur de venalibus cogitâsse, ut habetur in *lege Generali. §. uxori. ff. de Vsufructu legato.* quam suprà adduxi. Subintellige, si tamen aliæ res ibi existebant.

CONTROVERSIA XIII.

Quid Iuris, quando Res certa legata est uni, & ad alia legata non sufficiunt bona defuncti.

SUMMARIUM.

AN, quando uni res certa legata est, & cæteris non possit satisfieri, admittantur cæteri Legatarii pro rata. 334.

VIderi posset, præferendum in toto esse illum Legatarium, cui res certa, v.g. fundus legatus esset. Ratio esse potest. Quia legatarius fit Iuris fictione Dominus rei certæ legatæ statim à die mortis. Et ità videtur sentire Baldus *in L. si verò composita. ff. de testam. milit.* ubi dicit, quòd licèt unum legatum quantitatis non diminuatur per aliud legatum etiam quantitatis, legatum tamen quantitatis benè diminuatur per aliud legatum speciei.

334. DICENDUM tamen est, etiam in tali casu, quo v.g. Petro esset legatus fundus, & alteri, vel aliis certa summa pecuniæ, cui solvendæ non sufficerent cætera defuncti bona, si fundus soli Petro totus daretur, dicendum, inquam, est, quòd omnes legatarii admittantur pro rata. Colligitur ex leg. 87. *ff. ad leg. Falcid.* ubi ponitur casus, quòd in hæreditate aliud non erat nisi quoddam nomen debitoris, qui tenebatur in quadringentis, & testator legavit ei liberationem, alteri autem legavit quadringenta, vel aliā certam quantitatem, & dicit lex, quòd debitor non sit liberandus in toto debito, sed tantùm pro dimidio debet solvere alteri legatario. Textus est elegans, & continet ingeniosam, licèt nonnihil perplexam computationem. [Quærebatur, cùm is, qui solùm in nomine quadringenta in bonis habebat, ipsi debitori liberationem, Seio autem quadringenta legaverit, si debitor vel solvendo non sit, vel centum facere possit, quantùm quisque habeat interventu legis Falcidiæ? dicebam, legem Falcidiam, ex eo quod refici ex hæreditate potest, quâtam hæredi tribuere residuum dodrantem inter legatarios distribuere. Quare cùm nomen minùs solvendo est in hæreditate,

ditate, ejus quod exigi poteſt pro rata ſit diſtributio, reſidui facienda venditio eſt, ut id demum in hæreditate computetur, quanti nomen diſtrahi poteſt. Sed cùm debitori liberatio relinquitur, ipſe ſibi ſolvendo videtur, & quod ad ſe attinet, dives eſt: quippe ſi ei mortis causâ accepto ſeratur id quod debet, quadringenta cepiſſe videbitur, licèt nihil facere poſſit, ſi ſoli ei liberatio relicta eſt: & ideo Falcidiâ interveniente trecenta illi accepta ferri debent, reſidua centum durabunt in obligationem: & ſi quidem facere poſſe cœperit, exigentur ab eo duntaxat usq; ad centum, &c. & paulò pòſt. Cùm igitur debitor ſibi ſolvendo ſit, eveniet, ut ſi hærede aliquo inſtituto ipſi debitori liberatio, & alii quadringenta legata ſint, ſi quidem ſolvendo ſit debitor, centum quinquaginta ex trecentis retineat, alia centum quinquaginta legatario præſtentur, hæres centum habeat. Sin verò centum tantùm facere poſſit, hæredi ex refecto quarta ſervanda eſt: ſic fiet, ut centum quæ præſtari poſſunt, in quatuor partes dividantur, tres partes ferant legatarii, hæres vigintiquinque habeat, debitor qui ſolvendo non eſt, ſecum centumquinquaginta compenſet. De reſiduis centum quinquaginta, quæ exigi non poſſunt, venditio fiet nominis: idque quaſi ſolùm in bonis fuerit, repræſentatur. Quodſi nihil facere debitor poteſt, æquè in centum quinquaginta accepto liberandus eſt, de reſiduo venditionem nominis faciendam Neratius ait. quod & nos probamus.] ait Ulpianus.

335. Probatur inſuper ex lege 2. *ff. de Condictione indebiti*, ubi dicitur, quod etiamſi integraliter uni eſt facta ſolutio per hæredes, poteſt alter legatarius agere contra eum, cui eſt facta ſolutio, ad contributionem, & reſtitutionem ſuæ partis. ibi. §. 1. ſic habet. [*Si quid ex teſtamento ſolutum ſit, quod poſtea falſum, vel inofficioſum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel ſi poſt multum temporis emerſerit æs alienum, vel Codicilli diu celati prolati: qui ademptionem continent legatorum ſolutorum, vel NB. diminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta ſunt.*]

CONTROVERSIA XIV.

Quibus Actionibus poßit Legatarius legatum conſequi. Quando: à quo: & ubi petendum. an propriâ auctoritate legatum uſurpare poßit.

SUMMARIUM.

Quænam actiones competant Legatario. 336.
Deducitur, legata ante aditam hæreditatem non poſſe peti. eod.
Vbinam petendum & ſolvendum legatum. 337.
An Legatarius propriâ auctoritate, abſque vi, poſſit occupare legatum. 338.
Quo ſenſu dicantur teſtamenta habere paratam executionem. eod.

336. QUÆRITUR 1. Quænam actiones competant Legatario. ℞. Cum diſtinctione. Vel tranſivit rei legatæ dominium ad Legatarium (juxta ea quæ ſuperiùs dicta ſunt) vel non tranſiit. Si necdum tranſiit, competunt duæ actiones: 1. Actio Perſonalis ex teſtamento contra hæredem, ad exigendum legatum, tanquam contra obligatum ex quaſi contractu, ſive poſſideat rem legatam ſive non. 2. competit actio hypothecaria in omnibus bonis quæ ad hæredem ex bonis teſtatoris pervenerunt, quæ illi ſunt oppignorata, ut ex illis legatum ſolvatur, ad cujuſcunque manus pervenerint.

Quodſi verò dominium tranſiit in legatarium, tunc inſuper datur illi Rei Vindicatio. Habentur hæc in lege 1. *C. Communia de legat.* ibi. [Rectius igitur eſſe cenſemus, in rem quidem miſſionem penitùs aboleri, omnibus verò tam legatariis quàm fideicommiſſariis unam naturam imponere, & NB. non ſolùm perſonalem actionem præſtare, ſed & in rem: quatenus eis liceat eaſdem res ſive per quodcunque genus legati, ſive per fideicommiſſum fuerint derelictæ, vindicare in rem actione inſtituendâ: & inſuper utilem Servianam, id eſt, hypothecariam ſuper his quæ fuerint derelicta in res mortui præſtare.]

Ex dictis deducitur, legata ante aditam hæreditatem non deberi, neque peti poſſe. Ratio eſt, quia ante aditam hæreditatem hæreditas eſt jacens, & repræſentat defunctum, qui legata non debet: nec alia perſona eſt, quæ conveniri poteſt, quia nulla eſt, quæ per quaſi contractum obligetur, cùm nulla per aditionem quaſi contraxerit. Sed neque rei vindicatione legatarius agere poteſt, quia necdum fictione juris cenſetur fuiſſe Dominus; quæ omnia conſtant ex dictis. Extendit hoc Antonius Gomez etiam ad legata pia pro ſalute animæ facta. Sed P. Molina *d.* 195. *n.* 7. veriùs cum Bartolo, Covarruviâ, Panormitano contrarium tenet, quia in legatis piis non attenduntur ſubtilitates & fictiones Iuris Civilis, ſed ſolum Ius naturale, ſecundùm quod (ſuppoſitâ poteſtate diſponendi de ſuis rebus poſt mortem) nullum eſt impedimentum, quo minùs ſtatim poſt mortem teſtatoris tranſeat dominium ad eum, quem teſtator voluerit eſſe Dominum. Itaque etiam ante aditam hæreditatem poteſt cauſa pia vindicare legatum, ſive ab hæredibus, ſive ab executoribus, ſive à quocunque apud quem res extiterit.

337. QUÆ-

337. QUÆRITUR 2. Ubi peti possit legatum, & ubi solvendum sit. ℞. 1. Potest legatum peti, ubi existit hæreditas aut major pars illius. *L. un. C. ubi fideicommiss. peti oporteat. Fideicommissum ibi petendum esse, ubi hæreditas relicta est, dubitari non oportet.* & *l. 50. pr. ff. de Iudiciis & ubi quisque, &c.* [Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse majorem partem hæreditatis, non erit ad præstationem compellendus: & ità multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi major pars hæreditatis est: nisi si probetur, eo loco voluisse testatorem fideicommissum præstari, ubi petitur.] ℞. 2. Etiam peti posse, ubi hæres habet domicilium. §. *ult. ead. le. cit. Sed & rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium hæres habet.* ℞. 3. In hoc esse etiam observandam voluntatem testatoris, si quid præscripsit; de cætero ibi solvendum est ubi existit. *l. 38. ff. de Iudiciis.* [Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est, nisi si dolo malo hæredis subductum fuerit, tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Præterea quod pondere aut numero aut mensurâ continetur, ibi dari debet, ubi petitur, nisi si adjectum fuerit, Centum modios ex illo horreo, aut vini amphoras ex illo dolio.]

338. QUÆRITUR 3. An Legatarius possit propriâ authoritate, seu viâ executivâ occupare rem legatam, saltèm nullâ adhibitâ vi post aditam hæreditatem. ℞. Negativè: quin imò si hoc faciat, incidit in pœnam amittendi, quod ità occupavit, illúdque hæredi cedit. *l. 5. C. de legatis. Non est dubium denegari actionem legatorum ei pro portione competenti in his rebus, quas subtraxisse eum de hæreditate apparuerit.*

Dubium tamen est, an hoc procedat etiam quando quis ante aditam ab hærede hæreditatem, occuparet rem sibi legatam. Negat Ant. Gomez c. 12. *n.* 10. existimans tunc hæredem habere remedium Interdicti *Quorum Legatorum* (de quo actum est *to 1. tr. 3.*) nempe ut Legatarius cogatur rem subtractam restituere, ut postea eam ab hærede petat, & accipiat. Econtra docet Molina, & supponit Hunnius, nihil interesse, quando subtraxerit, ut actionem amittat, quia lex 5. recitata, sine discrimine loquitur, & ideo videtur illi Interdicto hanc insuper pœnam adjecisse: ut proinde vi Interdicti jubeatur restituere, sive ante sive post aditam hæreditatem rem occupaverit: deinde verò petenti actio denegetur ex lege adducta. Ego tamen sententiam Gomezii & plurium aliorum prætuli *tom 1. tract. 3. n. 342. in fine.* & dixi legem 5. citatam esse conciliandam cum lege fin. §. 1. *ff. Quod Legatorum.* ubi datur legatario jus exigendi ab hærede cautionem de legatis restituendis. Itaque lex 5. loquitur de subtractione facta post aditam hæreditatem, posterior, de subtractione ante aditam hæreditatem. Vnde eodem loco n. 333. ex communi sententia supposui, quòd si evidenter nihil interesset hæredis, legata accipi propriâ auctoritate, posset exceptione doli repelli.

Dices: Testamenta dicuntur habere paratam executionem quoad legata, ut tradit Alciatus, & quidam alii. ℞. Hoc solùm verum esse, quando hæres non observavit Constitutionem Novellæ. t. *cap. fin.* ibi. [Nulla enim talium quæstionum, aut litium transcendere anni tempus sancimus: necessitatem imponentes omnino intra annum post aditionem, & legata solvi, & quæ à testatore sunt relicta compleri secundùm sui naturam, &c. Initium autem anno damus admonitionem ex Iudiciali decreto. Anno enim per culpam hæredis transacto, tunc ille quidem cadet relictis, alii verò ad hæc venient, quos priùs vocavimus.]

CONTROVERSIA XV.

Dubia quædam circa Legata Pia expediuntur.

SUMMARIUM.

339. DUBITATUR 1. Quamdiu hæres, vel executores possint differre executionem legatorum piorum. ℞. Quoad legata pia exstat Constitutio Novellæ 131. c. 12. ibi.. [Si autem legatum ab aliquo ad pias relinquitur causas: jubemus intra sex menses ab insinuatione testamenti numerandos hoc modis omnibus præberi, quibus relictum est. Si autem distulerint, qui in hoc onerati sunt hujusmodi præbere legatum: & fructus & usuræ, & omne legitimum exigatur augmentum à tempore mortis

 ejus,

nisi à tempore, quo hæres fuit in mora tradendi, adeoque tunc quando obligabatur ad determinandum.

Quando antem res determinata, & putè est legata, tunc legatarius non potest quidem ante aditam hæreditatem exigere legatum, cùm hoc sit præstandum ab hærede, hæres antem strictè & cum onere nemo fit ante aditam hæreditatem: vnde sequitur, quòd ante aditam hæreditatem legatarius non habeat dominium verum; habet tamen fictione Iuris, hoc sensu: quia postmodum acceptando legatum retrotrahitur dominium ad diem mortis, vel (in casu legati ususfructûs, aut libertatis) ad diem aditæ hæreditatis. Item si legatarius moreretur ante aditam hæreditatem, transmitteret legatum ad hæredem suum. Deinde ab adita hæreditate habet Ius exigendi legatum, quandocunque voluerit: quia tamen penes ipsum est velle, vel nolle acceptare, si non accepter, censetur nunquam fuisse Dominus: si accepter, censetur fuisse Dominus à die quo legatum cessit. Vnde dicitur, Dominium usque ad acceptationem esse revocabile, non item post acceptationem: hoc sensu, quòd acceptatione positâ teneatur legatarius subire onera, si quæ legato sunt annexa.

303. Quodsi res incerta legata sit, tunc, si moriatur legatarius ante aditam hæreditatem, transmittit etiam Ius ad hæredem. Si verò sub conditione aut in diem incertum fuit legatum, exspirat legatum, si legatarius ante illum diem aut conditionem moriatur: quia quod nondum debitum est, transmitti non potest. Secùs, si in diem certum: tunc enim transmittitur, quia jam antè debetur, licèt non debeatur ità, ut antè solvatur. Hujusmodi conditio etiam est, quæ subintelligitur, *si hæres adeat hæreditatem*. ut patet ex textu paulò superiùs cit. Nam licèt possit non adire hæreditatem, & sic aliquo modo incertus sit eventus conditionis, certum tamen est, quòd ipse hæres non possit gaudere legato ex defectu conditionis, si enim non adeat hæreditatem, utique nec legatum consequetur. Uno verbo hæc conditio: *si hæres adierit hæreditatem*. ideo non impedit transmissionem legati, quia est conditio inexistens & universalis, saltèm quoad legata profana.

Hinc apparet, quo sensu aliqui valdè commodè, & ad confusionem cavendam, triplex dominium in legatario distinguant. Primum est, quod fingitur habere à puncto mortis testatoris usque ad aditionem hæreditatis, & hoc est dominium fictum. Secundum, quod habet ab aditione hæreditatis usque ad acceptationem, & hoc est dominium verum, sed revocabile, quatenus legatum potest repudiari, quo casu nunquam censetur fuisse Dominus. Tertium irrevocabile, quod acquirit per acceptationem. De primo loquitur & sentit secunda & communis sententia. De secundo loquitur prima sententia. De tertio tertia sententia.

Ex quibus omnibus apparet, Dominium strictè & magis propriè sumptum, incipere per acceptationem, & hoc sensu præferendam esse tertiam sententiam. Contra quam

304. Objicies 1. Pupillus prohibetur à lege repudiare fundum sibi legatum, & hoc ex eo capite, quia talis repudiatio esset alienatio, pupillus autem alienare nil potest: atqui non esset alienatio, si ante repudiationem necdum fuisset Dominus: ergo jam antè fuit Dominus. Major habetur *in lege 5. §. 8. ff. de rebus eorum qui sub tut. Fundum autem legatum repudiare pupillus sine Prætoris auctoritate non potest: esse enim & hanc alienationem, cùm res sit pupilli, nemo dubitat.* Ad hoc respondent variè Interpretes. Gæddæus respondet, Ulpianum intelligendum de certa specie legatorum, quæ olim dicebatur legatum Vindicationis: Hæc est mera divinatio, & verba sunt universalia. Petrus Faber respondet, hoc esse in pupillo speciale, cui Ius facit peculiarem favorem. Neque hæc responsio satisfacit, quia Vlpianus fundat se in eo, quòd pupillus ratione conditionis suæ non possit alienare sine Magistratûs auctoritate: ergo tacitè fatetur, posse alienare cum auctoritate Magistratûs: ergo supponit pupillum Dominum præcisè vi legati facti.

Respondet 3. P. VVadingus, legem allatam esse intelligendam de Repudiatione post agnitum legatum: & hoc inde putat se colligere, quia Vlpianus dicit se tradere doctrinam certam, & de qua nemo dubitat, quòd nempe illa repudiatio sit vera alienatio rei suæ. atqui Repudiationem ante acceptationem esse veram alienationem rei suæ, non solùm non est doctrina certa, sed etiam est contraria ipsi Vlpiano, *L. quod autem ff. quæ in fraudem creditorum*: ubi negat repudiationem legati esse alienationem aut patrimonii diminutionem, sed tantùm non acquisitionem lucri: idémque habetur *lege 1. ff. si quid in fraudem.* ubi generatim docet Vlpianus, repudiationem legati non esse diminutionem rei suæ. Confirmatur hoc ex alia doctrina, quòd si Religiosus repudiaret aliquam hæreditatem sibi delatam, non peccaret contra paupertatem, sicut nec Prælatus contra *Extrav. Ambitiosæ.*

Responderi potest 4. Hoc argumento probari quidem dominium aliquod, nempe revocabile, sed non dominium strictiùs sumptum, & irrevocabile, ut explicatum est. Et licèt Repudiatio non sit alienatio rei legatæ, est tamen alienatio seu extinctio juris acceptandi, vel transmittendi ad hæredes: & hujus Iuris extinctio etiam denegatur pupillo.

305. Objicies 2. Dies legati cedit à morte testatoris, ergo debetur legatum à morte testatoris; ergo legatarius est Dominus rei legatæ.

gatæ. ℞. Negando secundam consequentiam: quia imò strictè dominium eorum non habemus, quæ strictè loquendo dicuntur deberi. Res promissa utique debetur; nec tamen ante traditionem sum Dominus illius. Legatum ante acceptationem seu petitionem nō debetur absolutè sed conditionatè: *quando petiero aut acceptavero.* & acceptatione positâ transit dominium rectâ viâ, non ab hærede (qui non fuit unquam Dominus legati) sed à testatore ad legatarium: & tunc debetur illius traditio legatario, sicut debetur traditio rei meæ quam apud alium existentem vindico.

306. Ex dictis de Dominio nascitur Quæstio, an quando hæres tenetur solvere legatum, teneatur illud solvere unà cum omnibus fructibus interea perceptis. Ferdinandus Vasq. §. 17. *n.* 125. cum pluribus aliis tenet, non reddendos esse omnes fructus perceptos à morte testatoris, quibus casibus dominium ad illud tempus retrotrahitur, sed solùm perceptos post aditam hæreditatem, perceptos verò ante aditam hæreditatem pertinere ad hæredem. Communior tamen est sententia, deberi etiam perceptos à die mortis. Ab his communioribus sententiis recedunt Godefredus, Cujacius & Treutlerus cum quibusdam aliis, quos sequitur P. VVadingus, qui tamen fatetur in praxi servari communiorem sententiam, quæ fructus à die acquisiti dominii legatario adjudicat. Illi ergo Authores, Iuris apicibus inhærentes, docent non deberi fructus nisi perceptos post litis contestationem, quando hæres incepit esse in mora.

307. DICO 1. Fructus illi, qui evadunt aliquo modo pars rei legatæ, omnes pertinent ad legatarium à die mortis testatoris. Neque hoc volunt negare AA. tertiæ & primæ sententiæ. Colligitur ex lege 20. *ff. de leg.* 1. *Grege legato, & quæ postea accedunt, ad legatarium pertinent.* §. 18. *Inst. h. t.* ibi. *Grege autem legato etiā eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait.* Non est autem alia hujus rei ratio, quàm quòd illa capita evadant pars gregis: & sicut ea quæ pereunt sine culpa hæredis, non debentur, sed pereunt legatario, ità & augmentum gregis æquum est ad ipsum pertinere, & hæc videtur esse mens testatoris. Idem dicendum de fructibus pendentibus, vel solo legato hærentibus tempore mortis testatoris, si ad illud tempus retrotrahatur dominium.

308. DICO 2. Inspecto Iure scripto (quidquid sit de consuetudine, de qua mibi non constat) fructus alii legatario non cedunt nisi illi, qui percepti sunt vel à legatario percipi poterant, postquam hæres fuit in mora solvendi legatum petitum. Probatur ex *L. fin. C. de usuris & fructibus legatorum*; ad quem locum propriè spectabat hujus quæstionis decisio. [In Legatis & Fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis consequuntur, sive in rem sive in personam agatur.] Idem dixerat Vlpianus in *L.* 39. *ff. de leg.* 1. §. 1. [Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos hæres percepit, sed quos legatarius percipere potuit.] atqui non poterat percipere fructus, antequam legatum erat solvendum. Ergo, &c.

309. Confirmat hoc optimè P. VVadingus ex Novella 131. c. 12. ubi ex peculiari favore conceditur, ut quando hæres est in mora solvendi legatum ad piam causam, debeat in pœnam restituere omnes fructus & usuras à die mortis testatoris perceptos. ibi sic habetur. [Si autem legatum ab aliquo ad pias relinquitur causas, jubemus intra sex menses ab insinuatione testamenti numerandos, hoc modis omnibus præberi quibus relictum est. Si autem distulerint, qui in hoc onerati sunt, hujusmodi præbere legatum: & fructus, & usuræ, & omne legitimum exigatur augmentum à tempore mortis ejus, qui hoc reliquit.] Ergo si in mora non est, non sunt fructus restituendi.

Objicies. Fructus rei sequuntur dominium, quia unaquæque res fructificat Domino suo. Ergo saltèm à die acceptationis, si legatarius legatum petere differat, nihilominus illi fructus debebuntur. ℞. Distinguendo antecedens. Nisi aliter in Iure constitutum fuerit, conceditur, secùs negatur. Neque solus præsens casus est in Iure exceptus, nam etiam aliqui fructus rei emptæ, & necdum traditæ fiunt emptoris, quamvis ante traditionem non sit Dominus, ut dicam tomo 3. *tract. de Emptione, Vendit.*

CONTROVERSIA X.

Alia Quæsita de Rei Legatæ Decremento vel Incremento & Fructibus expediuntur.

SUMMARIUM.

Si res legata pereat, cujus sit damnum. 310. 311.
An destructo legato quoad principale, valeat quoad accessorium. 312.
Conciliantur leges. 313. 314.
Cuinam cedat incrementum rei legatæ, vel decrementum. 315. *& seqq.*
Quid juris, si peculium legatum augeatur. 319.
Quid juris, si domus legata adhuc vivo testatore destruatur. 320.
Ad quem spectent fructus ex legato ad diem facto tempore intermedio percepti. 321.

310. QUÆRITUR 1. Si res legata pereat, antequam legatum solvatur, cujus sit damnum. Ad hoc respondet Imperator §. 16.

 J. h. t.

J. h. t. [Si res legata sine facto hæredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine factohæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si verò hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri ipsum Julianus scripsit. Nec interest, sciverit, an ignoraverit à se legatum esse. Sed etsi alii donaverit servum, & is cui donatus est, eum manumiserit, tenetur hæres, quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.]

311. REGULA ergo est. Si res aliqua particularia, seu in specie, ut fundus Tusculanus, Stychus, &c. fuerit legata, & sine culpa hæredis perierit, damnum est legatarii, & hæres liberatur. Aliud est, si res legata consistat in numero pondere, aut mensura, ut si certa summa pecuniæ, aut frumenti legata esset, tunc enim damnum sentiret hæres. *L.* 12. *ff. de leg.* 2. [Si pecunia legata in bonis legantis non sit, solvendo tamen hæreditas sit, hæres pecuniam legatam dare compellitur, sive de suo, sive ex venditione rerum hæreditariarum, sive unde voluerit.]

Quod si post moram hæredis res legata apud hæredem perierit, tunc è contrario, per se loquendo, debet hæres damnum resarcire, & æstimationem legati solvere.

Dixi. *Per se loquendo.* Non enim hoc ità universaliter verum est, ut aliqui Iuris Interpretes asserere videntur. Si enim, etiam post moram, res legata ità pereat apud hæredem, ut eodem modo, eodémque infortunio fuisset peritura apud legatarium, tunc ex certa Theologorum doctrina, tradita in to. 1. hæres non tenebitur, quia supposito tali eventu legatarius in rei veritate nullum damnum occasione moræ passus est. Pone, quòd ædes habuerint vicinas, & utriusque ædes communi incendio conflagraverint, & certum sit, quòd legatarius rem in ædibus retinuisset, si tradita ab hærede fuisset. certè in tali casu nihil conqueri potest legatarius de mora. Hoc sanè videtur agnovisse Iure-Consultus Cajus in lege 14. §. 1. *ff. depositi.* ubi ad nostrum propositum sic docet. [Sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum hærede ejus, & sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus & Cassius absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt: quia æquum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere. NB. utique cùm interitura esset ea res, etiamsi restituta esset actori.]

Recipiunt hanc doctrinam etiam nobiles Juris Consulti, quos refert & sequitur Io. Harpprecht in *d.* §. à *n.* 10. & rem *n.* 13. aptis exemplis illustrat. Finge, inquit, pupillum esse, qui prædium, qui ædes suas repetat. non possunt hæ res, etsi restituantur, à pupillo sine decreto alienari. Neque porrò ex decreto alienatio permittitur, si aliunde habeat, unde se sustentet, & creditoribus satisfaciat. Finge ædes, quas actor petit, ibi esse ædificatas, ubi ex publico decreto destrui jubeantur, atque interim incendio consumptas. Rursus finge, rem tam vilem, & abjectam tempore interpellationis existere, ut nullum prorsus emptorem possit reperire, etsi maximè vendere cupiat. Istis & similibus casibus, si res pereat, actori potiùs quàm reo perire debet. Quia nihil jam ostendi potest, quod actor habiturus fuisset, si rem statim debitor tradidisset: cùm res fato & naturali interitu æquè periisset restituta: nec antequam periret, distrahi potuisset, ut aliquid pretii actor accepisset. Ità ille.

312. QUÆRITUR 2. Si fuerit Legatum aliquid principale cum suo accessorio, utrum destructo vel alienato principali, censeatur legatum penitus extinctum, vel an valeat quoad accessorium. De hoc exstat. §. 17. Inst. h. t. in quo videri possit Imperator aliquo modo sibi contrarius esse, dum in aliquibus affirmat, in aliquibus negat extingui legatum quoad accessorium. [Si quis, *inquit*, Ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi an illæ mortuæ fuerunt, partus legato cedunt. Idem est, & si ordinarii servi cum Vicariis legati fuerint: quia licèt mortui sint ordinarii, tamen Vicarii Legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit.]

313. Verùm, in his nulla est contrarietas. Et quidem quod ad primum exemplum attinet, negandum est, quòd partus editus sit accessio ancillæ matris, sicut nec fructus dicitur esse, cùm indignum naturâ humanâ sit, hominem, cujus gratiâ omnes alii fructus à Deo producti sunt, inter fructus numerari. Adhuc inconvenientiùs diceretur homo esse accessorium alterius hominis, quandoquidem omnes homines ad eundem finem æternæ beatitudinis creati sint: ergo non potest unus respectu alterius ex natura rei esse accessio, seu purum medium ad aliud ordinatum. Et habetur etiam in lege 62. *ff. de Leg.* 1. [Si ancillas, & quod ex his natum est, testator legaverit, unâ mortuâ Servius partum ejus negat deberi, quia accessionis loco legatus sit, quod falsum puto (*inquit Celsus*) & nec verbis nec voluntati defuncti accommodata hæc sententia est.] Hinc etiam patet responsio ad secundum exemplum de Servis ordinariis, & Vicariis, nam Vicarii servi non habent rationem accessorii, nisi valde per accidens. Peculium autem ex hominum consueta ordinatione est accessorium illius, cui conceditur, & Instrumenta rustica ex eadem ordinatione habent rationem accessorii & puri medii.

314. Cæterùm, ultimis verbis retirati §. videtur è diametro contraria esse lex 5. *ff. de Instructo vel Instrumento legato.* ubi ponitur discrimen inter *fundum instructum* & *fundum cum instrumento*

mento legatum. cùm tamen Imperator de utroque eodem modo pronuntiet. Lex ità habet. *Si cui fundum & instrumentum ejus legare vis, nihil interest, quomodo leges*: Fundum & instrumentum. *an.* Fundum cum Instrumento. *an.* Fundum instructum. Paulus. *Imò contra* (inquit Labeo) *nam inter ea legata hoc interest, quòd si fundo alienato mortuus fuerit, qui ità legavit, ex hac Scriptura*: Fundum cum Instrumento: *nihil erit legatum, ex cæteris poterit instrumentum esse legatum.* Interpretes conantur subtilius quàm credibilius discrimen dare inter ea, inter quæ Labeo facit discrimen, & dicunt, quòd Legatum *fundi instructi* sit pinguius, quia non tantùm instrumentum agri, sed etiam ipsius patris familias proprium instrumentum continet. Sit ità. quid tum? ergo non est accessorium; hoc certè non infertur. Sed quidquid de hoc sit, per hoc non conciliatur hæc lex cum parag. Institutionum, ubi pariter de utroque legato pronuntiatur: & huic est standum, nisi fundus instructus contineret aliquid, quod non potest habere rationem accessionis, ut sunt servi.

315. QUÆRITUR 3. Si id quod legatum est, sub eo nomine, & conceptu, sub quo legatum est, capit incrementum, vel decrementum, v. g. Grex, cui cedat incrementum, aut decrementum post factum testamentum. Ad hoc respondet Imperator §. 18. & 19. [Si Grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere Julianus ait: Ædibus denique legatis columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.]

316. Objici posset 1. Pereunte re legatâ, perit legatum. Sed si grex redigatur ad unam ovem, grex periit: ergo etiam perit legatum Gregis: ergo ovis residua vindicari non potest à Legatario, ut fieri posse dicit hîc Justinianus. Minor probatur. Quia Grex non constituitur paucioribus, quàm decem capitibus. *L. fin. ff. de Abig.* ℞. Distinguendo majorem: si pereat adæquatè, conceditur, secùs negatur, si ex mente testatoris colligatur, quòd etiam residuum quantumvis exiguum voluerit esse legatarii. atqui qui gregem donat, utique censetur etiam singulas oves donaturus fuisse.

317. Objici posset 2. Usufructu Gregis legato perit usufructus, si grex redigatur ad eum numerum ut non intelligatur ampliùs esse Grex. *L. fin. ff. Quibus modis ususfructus amittatur.* Ergo etiam legatum peribit, quando legatus est grex, & periit in ratione gregis. ℞. Negando conseq: quia ususfructus censetur legatus eo modo, quo de Iure subsistit in ratione ususfructûs. Ergo postquam Iure constitutum est, ut ususfructus non subsistat nisi in grege, censetur legatum perire, quando perit Grex, quia perit ususfructus, in quo indivisibiliter residet ratio Legati.

318. Objici potest 3. Si quis legavit bovem, & bos sit mortuus ante testatorem, corium non potest vindicari. ergo nec una ovis legato grege. Quia sicut corium non est bos, ità nec ovis est grex. Antecedens habetur *Lege 49. pr. ff. de Legatis. 2. Mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur.* Respondeo negando consequentiam & paritatem. Neque enim verum est, quòd ovis non sit grex sicut corium non est bos. Nam ovis ità est pars gregis, ut quamdiu existit, semper sit apta constituere gregem, quia desinit esse pars gregis præcisè per sublationem aliarum, loco quarum possunt aliæ substitui: ergo ovis semper manet apta inducere iterum formam gregis. Sed Corium bovis mortui nunquam ampliùs induet formam bovis vivi. Sic etiam potest reddi ratio, cur [illegible] lege 8. ff. de leg. 1. dicatur. *Si ex toto fundo legato testator partem alienâsset, reliquam duntaxat partem deberi placet. quia etiam si adjecisset aliquid ei fundo, augmentum Legatario cederet.* Nempe quia pars non alienata non propterea desiit esse apta constituere fundum. Quòd autem Legatarius non possit petere totum fundum, inde est, quia per alienationem partis est ex parte revocatum legatum.

319. QUÆRITUR 4. Quid Iuris sit, si alicui legetur Peculium, & illud ante aditam hæreditatem augeatur. Potest autem legari, vel servo unà cum libertate, vel peculium servi extraneo. Potest item augmentũ, & incrementum accipere, vel ex ipsis rebus peculiarib⁹, vel aliunde, ut ex legatis, donationibus, labore, quæstu. ℞. Nunc breviter: (nam res hæc hodie vix usum habet) Si quid vivo testatore peculio accedit undecunque, vel decedit, id Legatario accedit, vel decedit. Quodsi verò post mortem testatoris ante aditam hæreditatem accipiat incrementum, tunc si legatum est peculium ipsi servo cum libertate, totum legatario cedit, si extraneo, cedit quidem etiam legatario quoad augmentum proveniens ex ipsis rebus peculiaribus, ut ex fœtu pecorum, sed augmentum extrinsecùs adveniens spectat ad hæredem. Quæ omnia videntur statuta ex præsumpta voluntate testatoris, & habentur §. 20. *Instit. h. t.* [Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro, vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit: omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, Legatario cedere, quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum fuerit,

manumisso non debetur: quamvis si *vivus* manumiserit, sufficit, si non adimatur.]

320. QUÆRITUR 5. Si domus legata sit, & adhuc vivo testatore destructa, quid Iuris habeat legatarius. ℞. Si non fuit à testatore domus reparata, debetur legatario area. Si verò domus fuerit de novo castructa, & non merè successivè reparata, nec domus, nec area pertinebit ad legatarium, sed ad hæredem. *L.* 65. §. 2. *ff. de led.* 1. [Si domus fuerit legata, licèt particulatim ità refecta sit, ut nihil ea pristina materia supersit, tamen dicemus utile manere legatum: at si eâ domu destructâ aliam eodem loco testatoc ædificaverit, dicemus interire legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.]

321. QUÆRITUR 6. Ad quem pertineant fructus legati facti in diem certum, percepti tempore intermedio. ℞. Cum distinctione. Si enim adjectus est dies, & facta dilatio in favorem hæredis, pertinebunt ad hæredem, si verò in favorem legatarii, pertinebunt ad legatarium. *L.* 43. §. 2. *ff. de leg.* 2. [Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse cujus causâ tempus delatum sit, utrumne hæredis, quo casu hæredem fructum retinere debere: an legatarii, velut si in tempus pubertatis ei, qui impubes est, fideicommissum relictum sit: tunc enim fructus præstandos & antecedentis temporis: & hæc ità intelligenda sunt, si non nominatim adjectum est, uc enim incremento hæres fideicommissum præstet.]

CONTROVERSIA XI.

Quomodo Legatum possit in arbitrium alterius conferri.

SVMMARIVM.

Legatum non potest conferri in arbitrium hæredis. 322.
An possit conferri in arbitrium Legatarii. 323.
De quali arbitrio intelligenda lex 75. *ff. de leg.* 1. *eod.*

Est hæc quæstio similis illi, quâ præced. Tractatu quæsitum est, an possit hæredis institutio in alienum arbitrium committi.

322. Imprimis in arbitrium hæredis committi non potest, & perinde esset, acsi commissio facta non esset, adeoque legatum est purum, si factum sit hoc modo. *Lego Paulo* 100. *si hæres voluerit. l.* 43. §. 2. *ff. de leg.* 1. *Legatum in aliena voluntate poni potest, in hæredis non potest.* Ratio est, quia nulla foret obligatio, quæ tamen est de natura legati. Si tamen dictum est: *Cùm hæres voluerit*: valeret ad hoc, ut solutio posset ab hærede usque ad mortem differri. *L.* 11. §. 6. *ff. de leg.* 3. ubi dicitur: *Hoc autem legatum: cùm voluerit, tractum habet, quamdiu vivat is, à quo fideicommissum relictum est: verùm si antequam dederit, decesserit, hæres ejus præstat.* Posset etiam ad valorem legati, aut fideicommissi requiri consensus hæredis, quo semel præstito non poterit variare. & hic est sensus §. 5. *eod.* ubi dicitur. *Sic fideicommissum relictum*: nisi hæres meus noluerit, illi decem dato: *quasi conditionale fideicommissum est, & primam voluntatem exigit: ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium hæredis dicendi noluisse.*

323. Quando verò legatum confertur in arbitrium legatarii, an aliquid operetur, potest meritò dubitari. Quia conditio hæc: *Si legatarius voluerit*, semper inesse videtur, quia integrum illi est, repudiare. Ob hanc causam negat aliquid operari Treutlerus *th.* 6. *lit. D.* non rectè tamen pro se citat Donellum, 6. *Commentar.* 15. ut advertit Hunnius, qui subtiliter ostendit, quid talis conditio adjecta operetur: nempe ob expressam adjectionem fit ex mente testatoris eatenus conditionale, ut ei non acquiratur dominium ignoranti, nec retrotrahatur ad punctum mortis, sed acceptationis tantùm: & hoc sensu non inest conditio acceptationis omni legato: sed hoc solo sensu inest illa conditio, quando non adjicitur, quòd sensus sit, non esse legatario impositam necessitatem acceptandi.

Cæterùm, si *Arbitrium* strictiùs sumamus, non merè pro libera & arbitraria voluntate, aut noluntate, sed potiùs pro Arbitrio intellectuali, prout viri boni arbitrium accipitur, nempe pro Iudicio prudente quòd expediat, tale legatum Paulo relinqui, tunc hoc sensu certum est, posse in hæredis etiam, sicut cujusvis alterius arbitrium committi. & hoc sensu intelligo textum legis 75. *pr. ff. de leg.* 1. *Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum*: Si æstimaverit hæres: si comprobaverit: si justum putaverit: *& legatum & fideicommissum debebitur: quoniam quasi viro potiùs bono ei commissum est, non in meram hæredis voluntatem collatum.* Unde si reverâ in conscientia, absque cæco lucri affectu, judicaret, non esse æquum, &c. posset rem legatam retinere, quia conditio deficeret ea mente testatoris. Et idem habetur *L.* 11. §. 7. *ff. de leg.* 1. [Quanquam autem fideicommissum ità relictum non debeatur: *si volueris*: tamen si ità adscriptum fuerit: *si fueris arbitratus: si æstimaveris: si utile tibi fuerit visum, vel videbitur*: debebitur. Non enim plenum arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.]

Hinc à fortiori constat posse in arbitrium extranei conferri legatum, & etiam in illius consensum, si fortè illius intersit, legari vel non legari.

CON-

CONTROVERSIA XII.

Quid contineat Legatum Omnium Mobilium certo loco contentorum.

SUMMARIUM.

AN nomine mobilium comprehendantur res incorporales. 324.
An legatis mobilibus censeatur legata pecunia numerata. 325.
Intellectus legis 78. §. 1. ff. de leg. 3. & l. 92. §. 1. eod. 326.
An pecunia pro comparandis immobilibus destinata computetur inter immobilia. 327.
Exceptio in pecunia pupilli. 328.
An pecunia ex venditione immobilium redacta adnumeretur immobilibus. 329.
An legatis rebus certo loco exstantibus censeantur legata documenta & actiones. 330. & *seqq.*

324. QUÆRITUR 1. An nomine *Mobilium* comprehendantur Iura & Actiones, quæ (ut to. 1. vidimus) vocantur Res incorporales. R. In rigore Iuris Res Incorporales nec nomine *Mobilium*, nec Immobilium comprehendi, sed constituere tertium genus bonorum; adeoq; divisionem bonorum in mobilia & immobilia, non esse divisionem immediatam rerum: immediata enim divisio est in Res Corporales & Incorporales; deinde verò rerum Corporalium subdivisio est in res mobiles & immobiles. Colligitur ex lege 15. §. 2. *ff. de re Iudicata.* ubi jubentur pignora capi primò in mobilibus: secundò in immobilibus, denique in Iuribus. Cæterùm, familiaris modus loquendi hominum est, quo putant omnia sua bona sufficienter enumerari per: Mobilia & Immobilia, & solent actiones competentes pro rebus mobilibus annumerari mobilibus, actiones verò convenientes pro immobilibus, solent annumerari immobilibus. Vnde si constaret, hoc sensu solitum esse de mobilibus loqui testatorem, legatis omnibus mobilibus, etiam actiones pro rebus mobilibus legatæ censerentur.

325. QUÆRITUR 2. An legatis omnibus mobilibus, etiam pecunia numerata censeatur esse legata. Quæstioni huic tribus verbis respondet P. Molina affirmativè, atque de hoc non esse dubitandum, quia certum est esse rem mobilem. Æquè breviter expedit quæstionem P. Dicastillo. Sed res non est adeo expedita.

Imprimis advertunt Juristæ, quòd multi homines soleant nomine *mobilium* intelligere res mobiles minoris pretii, pecuniam autem seorsim asservatam vocare suum *Thesaurum*, seu *Substantiam*: & sic distinguere Res mobiles à pecunia, & talis persona non censeretur nomine *mobilium* voluisse legare *Pecuniam*.

Insistendo autem communi modo loquendi, Pecunia venit nomine mobilium, & habetur in lege 79. §. 1. *ff. de legatis* 3. cum exceptione ibid. posita: *His verbis*: Quæ ibi mobilia mea erunt, do lego. [Nummos ibi repositos ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait: & eos quos præsidii causâ repositos habet (*ut quidam bellis civilibus fecitasſent*) eos legato contineri, & audisse se rusticos senes ità dicentes: pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellantes, quod præsidii causâ seponeretur.]

326. Objici tamen potest, ex lege 78. §. 1. *ff. de leg.* 3. ubi testator filio suo legaverat fundum cum suis habitantibus, & quæ ibi sunt, & non censetur pecunia legata. Textus sic habet, & est sanè difficilis. [Mævi fili, quòd jam tibi maximam partem facultatum dederim, contentus esse debes fundo Semproniano cum suis inhabitantibus, id est, familia & quæ ibi erunt. quæsitum est de nominibus debitorum & nummis. Responsum est, nomina & nummos non videri deberi, nisi manifestè de his quoque legandis voluntas defunctæ approbaretur.] Non minùs difficilis textus est in lege 92. §. 1. *ff. eod.* *His verbis domibus legatis*: Fidei hæredum meorum committo, ut sinant eam habere domos meas, in quibus habito, nullo omnino excepto, cum omni instrumento, & repositis omnibus: *non videri testatorem de pecunia numerata, aut instrumentis debitorum sensisse.* Ad hos textus respondet Treutlerus, distinguendo utrum principaliter legata sint mobilia, hoc est directè, ut: *mobilia mea tibi do lego.* an verò in consequentiam, ità ut domus vel fundus principaliter, accessoriè verò mobilia sint legata, ut in casibus legum allatarum; & in posteriori putat non inesse legato pecuniam, quia non est verisimile pecuniam paratam pro accessorio domûs à testatore haberi. Verùm hoc ipsum esset ulteriùs probandum: cur enim pecora, vestes, frumentum, oleum, vinum, &c. sunt accessoria, & non pecunia? Mihi fundamentalis ratio esse videtur, quòd Pecunia non sit ex illis rebus, quibus tanquam supellectile soleant communiter domus esse instructæ, quia potiùs sunt ejusmodi, ut si quis eas posset semper sine incommodo sibi præsentes habere, non reponeret in domo, eo quòd pecunia sit virtute omnia: quare testator videtur suam intentionem ad ea restrinxisse, quæ solent venire nomine supellectilis, & germanicè vocantur in Calepino, *Fahrende Haab*; seu *mobilia*. & quæ dicuntur esse in *penu*, seu provisione necessariorum ad vivendum: inter quæ nemo numerat pecunias. Aliter respondet Menochius (si tamen aliter) *lib.* 4. *Præsumpt.* 137. *n.* 8. nempe pecuniam propter celerem motum & usum continuum, non

adnumerati illis quæ in fundo vel domo sunt, utpote quæ nec ibi esse censeatur.

317. QUÆRITUR 2. Utrum pecunia pro emptione immobilium destinata, sit compntanda inter immobilia, adeoque legato omnium mobilium non contineatur, sed benè legato immobilium. Prima sententia vult computari inter immobilia. Secunda & communior vult adhuc computari inter mobilia.

Probatur hæc sententia. Vel enim Pecunia consideratur in concreto, vel in abstracto. Si consideretur in concreto, est res corporalis mobilis: ergo legato mobilium continetur. Si verò consideretur in abstracto (Philosophi dicerent *formaliter*) nempe pro quantitate valoris, tunc Iuridicè loquendo nec inter res mobiles nec immobiles comprehendetur, quia ut sic non est res corporalis, sed incorporalis: quia tamen hæc forma recipitur in re mobili, ut sic rebus mobilibus adhuc adnumerabitur. Cùm ergo nullus textus ex Iure possit adduci, quo statuatur, ut pecunia destinata ad emptionem immobilium inter res immobiles numeretur, non est his adnumeranda.

318. Objicitur lex 3. §. 6. *ff. de contraria tut. act.* ubi dicitur, pecuniam pupilli depositam ad emptionem prædiorum, non posse alienari à tutore, sine decreto Iudicis. atqui immobilia tantùm prohibentur alienari: ergo, &c. ℞. Ex favore pupillorum hoc specialiter statutum esse. textus sic habet. [Quid ergo si de re pupillari non potuit sibi solvere (*tutor*) quia erat deposita ad prædiorum comparationem? Si quidem non postulavit à prætore, ut promatur pecunia, vel hoc minùs deponatur, sibi imputet: si verò hoc desideravit, nec impetravit, dicendum est, non deperire ei usuras contrario judicio.] Itaque non est concessum tutori, solvere sibi ex pecunia pupilli, si à patre destinata fuit ad prædiorum emptionem, nec pater talem voluntatem revocavit. Quando verò testator deposuit quidem pecuniam eâ intentione, ut inde emerentur prædia, si tamen postea omnia mobilia legavit, censebitur voluntatem mutâsse, nisi aliunde constet de contraria intentione. Neque universim verum est, quòd destinatum habeatur pro re perfecta, sicut aurum ceptum laborari habetur pro facto potiùs quàm infecto, ut habetur *lege 19. §. 12. v. quid ergo ff. de auro & arg. leg.* nam aurum ceptum laborari jam induit aliquam formam artificialem, licèt non absolutam. De inceptione verò seu destinatione solâ mentali & intentionali hoc non procedit; nam, ut benè notat Gail *lib. 2. obser.* 11. multa animo patrisfamilias concipiuntur, quæ tamen intentio & destinatio potest de facili mutari. Sic etiam destinata ad exornandum ædificium non habentur pro affixis ædificio, & ideo si talia legentur valet legatum, non valiturum, si ædificio affixa essent: pro quo est textus rotundus in lege 41. §. 14. & 15. 16. *ff. de leg.* 1. [Sed si paravit quædam testator quasi translaturus in aliam domum, & hæc legavit, dubitari poterit, an valeat? puto valere. Sed NB. si ea quæ legavit, ædibus junxit, extinctum est legatum. Sed si hæres ea junxit, puto non extingui.] Inquit Vlpianus. Ità etiam solâ animi destinatione non fit res sacra: ergo neque immobilis. Antecedens colligitur *ex lege 3. C. de furtis. Si nondum rem templo divino dedicatam vitricus tuus furto abstulit, habes adversus eum furti actionem.* ubi glossa ait: destinatione solâ dedicationis non transit res privata in sacram, non fit sacra, neque templo quæritur actio. Itaque quando solâ destinatione res non perficitur, sed facto hominis opus est, prout opus est in comparatione rerum immobilium, non adipiscitur res destinata naturam illius rei ad quam destinata est.

329. QUÆRITUR 3. Utrum pecunia ex venditione rerum immobilium redacta, inter immobilia computetur, vel mobilia. Respondeo, consentaneè ad præcedentia, venire nomine mobilium, quòd enim ex immobilibus venditis habeatur, non mutat ejus naturam.

Objicies. Subrogatum sapit naturam illius, in cujus locum subrogatur: atqui pecunia redacta ex re immobili, subrogatur in locum rei immobilis: ergo sapiet naturam rei immobilis. Major & Minor propositio probatur ex lege 32. *ff. de jure dotium. Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem vel arbores, quæ fructus non essent, sive superficium ædificii dotalis voluntate mulieris vendiderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.* ℞. Distinguendo majorem, si succedit & subrogatur tantùm materialiter, nego majorem: si subrogatur formaliter, hoc est, in eum finem, ut illud repræsentet, prout fit in casu legis adductæ, ubi pecunia subrogatur, ut repræsentet rem dotalem, & fit ipsa dotalia, concedo majorem. Sed non ità subrogatur pecunia rebus venditis, quia pecunia postmodum non magìs repræsentat unum quàm aliud per illam pecuniam comparabile, sed ad omnia fit indifferens.

330. QUÆRITUR 4. An, si legata sint illa bona quæ in tali determinato loco, v. g. in tali camera, continentur, hoc legato comprehendantur Iura & Actiones, quarum documenta, seu instrumenta aut chirographa in tali loco asservantur. ℞. Negativè *l. 86. pr. ff. de Legat.* 2. ubi ponitur legatum sic factum. Gaius, Seius pronepos meus hæres mihi esto ex Semisse bonorum meorum, excepta domu meâ, & paternâ in quibus habito cum omnibus quæ ibi sunt. Quæ omnia scias ad portionem hæreditatis, quam tibi dedi, non pertinere. [Quæro,

to, cùm sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an hæc omnia quæ ibi inveniuntur, ad alios hæredes institutos debeant pertinere. Paulus Respondet, nomina debitorum non contineri, sed omnium esse communia: in cæteris verò nullum pronepoti locum esse.]

Ratio autem est, quia documenta & instrumenta sunt quidem res mobiles & corporales loco contentæ, si considerentur materialiter, sed non, si formaliter, hoc est ratione Iuris, ad quod probandum sunt erectæ litteræ: nam hæc forma est res incorporalis, nullo loco circumscripta: neque illa charta est formaliter ipsum Ius & actio competens, sed est merum signum probativum illius, sicut hedera est signum animi, & intentionis vendendi vinum. Hinc est, quòd chirographa materialiter spectata non sint alicujus æstimationis, & valoris, benè tamen quatenus denominantur instrumenta apta ad probandum Ius existens, quod Ius existeret, etiamsi omnis scriptura periret; quod signum est, Ius ipsum non esse inclusum chartæ, & mediante chartâ loco in quo est chartâ.

Dices: cur ergo Iure statutum est, quòd legato chirographo censeatur legatum Ius & obligatio? *L. 44. §. 5. Eum qui chirographum legat, debitum legare, non solùm tabulas, argumento est venditio, nam cùm chirographa veneunt, nomen venisse videtur.* ℟. Quia ità præsumitur de mente testatoris: qui enim vult alterum honorare instrumento probativo, utique non vult solam chartam legare, quæ legatario nihil prodesset, hæredi autem creditori ejus absentia multùm obesset: censetur ergo legâsse illud, ad quod probandum servit illa charta. Hinc

331. Infertur 1. Si nihil aliud contineretur, aut coorentum fuisset tempore conditi testamenti, in illo scrinio, vel capsula, quàm chirographa, aut instrumenta, & legâsset testator, quidquid ibi est, censerentur ipsa nomina & obligationes esse legatæ: alioquin legatum esset illusorium.

332. Infertur 2. Si quid casu, & præter intentionem testatoris illatum esset in talem locum, illud non censeretur legatum, sicut nec, si quid præter ejus intentionem inde ablatũ esset, minueretur legatũ. *L. 86. ff. de leg. 3. ibi. Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minùs esse legatum, nec quod casu ibi sit, magis esse legatum.*

333. Infertur 3. Si quid, etiam sciente testatore, post factum testamentum in talem locum inferretur, neque constaret fuisse illatum animo augendi legatum, non censeretur legatum: quia verba non significant nisi illa quæ tunc ibi existunt, quando testamentum factum est: deberet ergo potiùs dicere: *quæ tempore mortis ibi erunt.* Similiter è contrario, si quid ipso sciente auferretur, nec posset constare de animo diminuendi legatum, adhuc legatum censeretur; secùs esset si ipsemet auferret, tunc enim quoad illud censeretur revocatum legatum.

Infertur 4. Rebus legatis in tali loco existentibus, non censeri legatas res venales ibi repertas, quia testator non videtur de venalibus cogitâsse, ut habetur in *lege Generali. §. uxori. ff. de Vsufructu legato.* quam suprà adduxi. Subintellige, si tamen aliæ res ibi existebant.

CONTROVERSIA XIII.

Quid Iuris, quando Res certa legata est uni, & ad alia legata non sufficiunt bona defuncti.

SUMMARIUM.

AN, quando uni res certa legata est, & cæteris non possit satisfieri, admittantur cæteri Legatarii pro rata. 334.

Videri posset, præferendum in toto esse illum Legatarium, cui res certa, v. g. fundus legatus esset. Ratio esse potest. Quia legatarius fit Iuris fictione Dominus rei certæ legatæ statim à die mortis. Et ità videtur sentire Baldus *in L. si verò composita. ff. de testam. milit.* ubi dicit, quòd licèt unum legatum quantitatis non diminuatur per aliud legatum etiam quantitatis, legatum tamen quantitatis benè diminuatur per aliud legatum speciei.

334. DICENDUM tamen est, etiam in tali casu, quo v. g. Petro esset legatus fundus, & alteri, vel aliis certa summa pecuniæ, cui solvendæ non sufficerent cætera defuncti bona, si fundus soli Petro totus daretur, dicendum, inquam, est, quòd omnes legatarii admittantur pro rata. Colligitur ex leg. 87. *ff. ad leg. Falcid.* ubi ponitur casus, quòd in hæreditate aliud non erat nisi quoddam nomen debitoris, qui tenebatur in quadringentis, & testator legavit ei liberationem, alteri autem legavit quadringenta, vel aliã certam quantitatem, & dicit lex, quòd debitor non sit liberandus in toto debito, sed tantùm pro dimidio debet solvere alteri legatario. Textus est elegans, & continet ingeniosam, licèt nonnihil perplexam computationem. [Quærebatur, cùm is, qui solùm in nomine quadringenta in bonis habebat, ipsi debitori liberationem, Seio autem quadringenta legaverit, si debitor vel solvendo non sit, vel centum facere possit, quantùm quisque habeat interventu legis Falcidiæ? dicebam, legem Falcidiam, ex eo quod refici ex hæreditate potest, quâ tam hæredi tribuere residuum dodrantem inter legatarios distribuere, Quare cùm nomen minùs solvendo est in hæreditate,

337. QUÆRITUR 2. Ubi peti possit legatum, & ubi solvendum sit. ℞. 1. Potest legatum peti, ubi existit hæreditas aut major pars illius. *L. un. C. ubi fideicommiss. peti oporteat. Fideicommissum ibi petendum esse, ubi hæreditas relicta est, dubitari non oportet.* & *l.* 50. *pr. ff. de Iudiciis & ubi quisque, &c.* [Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse majorem partem hæreditatis, non erit ad præstationem compellendus: & ità multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi major pars hæreditatis est: nisi si probetur, eo loco voluisse testatorem fideicommissum præstari, ubi petitur.] ℞. 2. Etiam peti posse, ubi hæres habet domicilium. §. *ult. ead. le. cit. Sed & rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium hæres habet.* ℞. 3. In hoc esse etiam observandam voluntatem testatoris, si quid præscripsit; de cætero ibi solvendum est ubi existit. *l.* 38. *ff. de Iudiciis.* [Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est, nisi si dolo malo hæredis subductum fuerit, tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Præterea quod pondere aut numero aut mensurâ continetur, ibi dari debet, ubi petitur, nisi si adjectum fuerit, Centum modios ex illo horreo, aut vini amphoras ex illo dolio.]

338. QUÆRITUR 3. An Legatarius possit propriâ authoritate, seu viâ executivâ occupare rem legatam, saltèm nullâ adhibitâ vi post aditam hæreditatem. ℞. Negativè: quin imò si hoc faciat, incidit in pœnam amittendi, quod ità occupavit, illúdque hæredi cedit. *l.* 5. *C. de legatis. Non est dubium denegari actionem legatorum ei pro portione competenti in his rebus, quas subtraxisse eum de hæreditate apparuerit.*

Dubium tamen est, an hoc procedat etiam quando quis ante aditam ab hærede hæreditatem, occuparet rem sibi legatam. Negat Ant. Gomez *c.* 12. *n.* 10. existimans tunc hæredem habere remedium Interdicti *Quorum Legatorum* (de quo actum est *to* 1. *tr.* 3.) nempe ut Legatarius cogatur rem subtractam restituere, ut postea eam ab hærede petat, & accipiat. Econtra docet Molina, & supponit Hunnius, nihil interesse, quando subtraxerit, ut actionem amittat, quia lex 5. recitata, sine discrimine loquitur, & ideo videtur illi Interdicto hanc insuper pœnam adjecisse: ut proinde vi Interdicti jubeatur restituere, sive ante sive post aditam hæreditatem rem occupaverit: deinde verò peteuti actio denegetur ex lege adducta. Ego tamen sententiam Gomezii & plurium aliorum prætuli *tom.* 1. *tract.* 3. *n.* 342. *in fine.* & dixi legem 5. citatam esse conciliandam cum lege fin. §. 1. *ff. Quod Legatorum.* ubi datur legatario jus exigendi ab hærede cautionem de legatis restituendis. Itaque lex 5. loquitur de subtractione facta post aditam hæreditatem, posterior, de subtractione ante aditam hæreditatem. Unde eodem loco n. 333. ex communi sententia supposui, quòd si evidenter nihil interesset hæredis, legata accipi propriâ authoritate, posset exceptione doli repelli.

Dices: Testamenta dicuntur habere paratam executionem quoad legata, ut tradit Alciatus, & quidam alii. ℞. Hoc solùm verum esse, quando hæres non observavit Constitutionem Novellæ. 1. *cap. fin.* ibi. [Nulla enim talium quæstionum, aut litium transcendere anni tempus sancimus: necessitatem imponentes omnino intra annum post aditionem, & legata solvi, & quæ à testatore sunt relicta compleri secundùm sui naturam, &c. Initium autem anno damus admonitionem ex Iudiciali decreto. Anno enim per culpam hæredis transacto, tunc ille quidem cadet relictis, alii verò ad hæc venient, quos priùs vocavimus.]

CONTROVERSIA XV.

Dubia quædam circa Legata Pia expediuntur.

SUMMARIUM.

339. DUBITATUR 1. Quamdiu hæres, vel executores possint differre executionem legatorum piorum. ℞. Quoad legata pia exstat Constitutio Novellæ 131. c. 12. ibi. [Si autem legatum ab aliquo ad pias relinquitur causas: jubemus intra sex menses ab insinuatione testamenti numerandos hoc modis omnibus præberi, quibus relictum est. Si autem distulerint, qui in hoc onerati sunt hujusmodi præhere legatum: & fructus & usuræ, & omne legitimum exigatur augmentum à tempore mortis ejus,

ejus, qui hoc reliquit.] In Jure Canonico verò *cap. 3. de Testam.* videtur annus indulgeri. ibi. [Quamobrem te hortamur, ut eam commoneas, quatenus intra annum Monasterium, quod jussum est, debeat ordinare, & cuncta secundùm voluntatem defuncti sine altercatione construere. Quodsi intra prædictum tempus sive in loco, quo constitutum fuerat, seu si ibi non potest, & alibi placet ordinari tecum implere neglexerit, tunc per te ædificetur, & omnia per te loco ipsi sine diminutione qualibet assignentur. Sic enim secundùm piissimas leges dilatas defunctorum pias voluntates Episcopali decens est studio adimpleri.] Quibus ultimis verbis indicatur, non propterea corrigi leges civiles, punientes dilationem ultra semestre amissione emolumentorum ante aditam hæreditatem accrescentium, sed solùm, quòd Episcopo post annum primùm competat Jus exequendi.

Porrò, his legibus non laxatur obligatio conscientiæ, solvendi legata pia, quamprimùm commodè solvi possunt. Hæc enim est obligatio legis naturæ, sicut alia debita profana solvenda sunt, quando dies cessit, & commodè solvi possunt secundùm regulas traditas *to. 1. tract. 2.*

340. DUBITATUR 2. Si quis reliquit legatum pro annuis reditibus expendendis in pauperes, secundùm arbitrium, & beneplacitum executorum, an isti possint totum illud capitale simul, & semel applicare alicui loco pio, v. g. Hospitali, ut ex illis reditibus curentur ibi pauperes. ℞. Si electio pauperum successu temporis ad diversos patronos ex voluntate testatoris pertineret, hoc non possent facere. quia cederet in præjudicium sequentium patronorum. Multò minùs possent totum applicare alicui familiæ pauperi quidem hîc & nunc, sed quæ posset deinde evadere ex statu paupertatis, hoc enim esset in præjudicium aliorum pauperum. Secluso autem omni præjudicio tertii, non video, quo minùs id fieri possit, ut benè etiam tradit Sanchez *lib. 4. Consil. c. 2. dub. 12.* nihil enim vetat, cum sine ipsius præjudicio fieri executionem ab executore cum anticipatione temporis. arg. legis 12. *ff. de fideicom.* ubi dicitur. [Post mortem suam rogatam restituere hæreditatem defuncti Iudicio, & antequam fati munus impleat, posse satisfacere, id est, restituere hæreditatem quartâ parte, vel retentâ, vel omisâ, si voluerit, explorati Iuris est.]

341. DUBITATUR 3. An Executor possit legatum relictum pro pauperibus, applicare suis consanguineis, si verè pauperes sint, vel etiam sibi ipsi. Aliqui satis arbitrariè voluerunt, non posse applicare propinquis illis, quibus si applicaret, commodum etiam in ipsum redundaret, quia v.g. haberet usumfructum, vel, quia debet illos alere. ℞. 1. Absque hujusmodi limitatione, posse eum applicare etiam talibus. quia satisfit intentioni testatoris, cui perinde est, quicunque pauperes juventur, quandoquidem, ut suppono, nullos excepit, nullos determinavit. Hinc infert Sanchez, & Lugo, posse Religiosum, cui commissa est distributio inter pauperes, applicare partem suo Monasterio pauperi, quod tamen de Prælato aliqui negant. Et meo quidem judicio meritò negatur; nam talis applicatio non videtur esse conformis intentioni testatoris, qui si voluisset Monasterio per Abbatem applicari, breviùs & expeditiùs legatum Monasterio reliquisset. Videtur ergo alios pauperes intellexisse, quibus non solet à fidelibus ut plurimùm provideri, sicut providetur Monasteriis, quæ, si faciant officiũ suum, non solent facilè unquam à fidelibus destitui, sed sufficienter juvari. Et ex hoc fundamento non facilè putarem in praxi decenter fieri posse, ut ab Abbate applicetur Monasterio, quod pro pauperibus relictum est: viderentúrque fideles absterreri ab hujusmodi legatis relinquendis: nisi tamen testator hanc liberam electionẽ Monasterii, vel alterius, Prælato reliquisset, eò quòd Prælatus meliùs intelligat, an expediat Monasterium aliis præferri.

℞. 2. Si ipsius Executoris paupertas fuit perspecta testatori, non videtur posse sibi inde applicare, nisi jussus esset applicare alicui communitati pauperi, cujus ipse membrum esset, tunc enim non videtur esse contra intentionem testatoris, applicare tali communitati, cujus & ipse executor pars est: v. g. si jussus esset distribuere inter pauperes alicujus Civitatis, posset eligere Civitatẽ suam: si jussus esset distribuere inter pauperes confluentes ad suã sepulturam, posset & ipse inter illos accipere. Multò minùs posset sibi aliquid applicare, si ipsi aliquid determinatum fuisset relictum, & reliquum distribuendum inter pauperes. Nam ab hac portione resisidua videtur ex intentione testatoris exclusus esse.

342. DUBITATUR 4. An Executor debeat eligere pauperiores præ minùs pauperibus. ℞. Si hoc testator voluit, omnino circumspiciendum est, adhibitâ morali diligentiâ, ut distribuatur magìs indigentibus, indigentiam non merè materialiter considerando, sed formaliter, consideratis omnibus circumstantiis. Et ad hoc tenetur executor ex Iustitia commutativa, quatenus pauperiores acquisiverunt Ius strictè dictum, sicut si pro consanguineis relictum esset legatum, contra Iustitiam commutativam fieret, dando extraneis, & teneretur executor ad restitutionem. Si verò testator nihil hujusmodi expressit, vera sententia est, satisfieri si distribuatur inter pauperes, quidquid dixerint aliqui teneri ad dandum pauperioribus, quia hoc testator non expressit: quia tamen hoc videri potest magìs esse ex voto illius, quia magìs placet Deo dari pauperioribus, ideo omnino consultiùs faciet executor dando pauperioribus, si ipsi tales occurrant

unâ

unà cum minùs pauperibus, nec possit cum proportione omnibus benefacere.

DUBITATUR 5. An uni soli pauperi possit totum dari, si testator jussit dari pauperibus. Et econtra, si jussit uni dari, an possit dividi in plures. Quoad primum membrum affirmat Sarmiento. Negat Sanchez. Lugo dicit attendendam esse intentionem testatoris, qui potuit habere causas, cur in plures distribueretur, ut v.g. plures pro ipso orarent. Econtra etiam potuit habere causam, cur vellet uni dari, ut beneficium esset magis æstimabile, quod posset evanescere in æstimatione, si in plures divideretur. Non est dubium, esse insistendum intentioni testatoris, si de ea probabiliter constet; sed quæstio est, quando nullum aliudinditiũ habemus præter verba testatoris. Quo casu mihi placet sententia Sarmiento, quòd possit uni pauperi totum dari, si executor arbitretur ità expedire. quia pluralitas vocis in hac materia non accipitur in tanto rigore, & praxis habet, ut quis dans alicui pecuniam distribuendam pauperibus, nolit eum astringere ad plures, sed illius arbitrio relinquere: alioquin dicant mihi adversarii, an debeat dividi inter plures quàm duos, vel sufficiat dividi inter duos, qui etiam dicuntur *pauperes*? si ergo potest satisfieri sive detur duobus, sive tribus, cur non, sive detur uni, sive duobus. Certè hoc videtur consequenter dici ad id quod cum Baldo docet Sanchez: nempe si testator jussit dari legatum pro 20. Virginibus maritandis, & non reperiantur nisi decem, debeat executor exspectare per aliquod tempus arbitrio prudentis, quo transacto, si adhuc non sint 20. poterit ex præsumpta testatoris voluntate distribui totum inter illas decem quæ solæ reperiuntur.

343. DUBITATUR 6. Quousque se extendat legatum pium, quo v.g. aliquis est ex consanguineis alendus certo stipendio apud studia. Distinguunt DD. inter legatum perpetuum & temporale: si legatum non sit perpetuum, sed temporale pro consanguineis, non extendi ultra consanguineos intra decimum gradum. Quando autem legatum est perpetuum, Lugo cum Sanchez distinguit inter perpetuitatem quoad solum legatum, & perpetuitatem etiam quoad consanguineos. In primo casu dicunt, admitti solùm usque ad decimum gradum, quibus deficientibus legatum non fiet caducum, sed dabitur aliis ex voluntate testatoris. In secundo casu vocabuntur consanguinei sine termino. Ego non video sufficiens fundamentum hujus distinctionis, & credo semper admittendos esse consanguineos etiam in ulteriore gradu præ aliis penitus extraneis, si tales reperiantur, & sic vidi etiam practicari in stipendiis Academicis.

344. DUBITATUR 7. An in ejusmodi legato præferendi sint consanguinei propinquiores minùs propinquis. ℞. Si legatum factum est indefinitè pro propinquis, non committendo liberæ electioni Executoris, censetur testator voluisse illos vocare eo ordine quo succederent ab intestato. Commissâ verò electione, est penes executorem ordine tali non servato conferre cui voluerit, alioquin beneficium electionis nullum esset. Quodsi illius arbitrio intellectuali committeretur, deberet præferre illum, quem prudenter judicaret, aut magis indigere, aut melius collocatum iri.

345. DUBITATUR 8. Si relinquatur legatum ad certam personam dotandam si nupserit, aut liberos reliquerit, &c. Illa autem persona nolit nubere, malitque Religionem ingredi, an legatum adhuc accipiet. De hoc puncto exstat Ius novum & Religioni favens, Novella 123. c. 37. [Si quis sub conditione nuptiarum, sive liberorum, sive dotis causâ, sive antenuptialis donationis, dona erit sive reliquerit suis liberis, sive alii cuicunque personæ hæreditatem sive legatum, aut ab initio purè relinquens eis, oneret eos substitutione, aut sub una prædictarum conditionum reliquerit vel donaverit, substitutiones verò vel restitutiones eis fecerit, adjectis conditionibus quibuscunque ex eis quæ superiùs enumeratæ sunt: sancimus, si personæ talibus conditionibus subjectæ, sive masculæ sive fœminæ, Monasteria ingrediantur, aut Clerici, aut Diaconissæ, aut Asceteriæ fiant, tales conditiones invalidas & pro non scriptis esse.] Hoc privilegium putant aliqui fundari in præsumpta intentione testatoris, & inde inferunt, posse tale legatum dari personæ ingredienti Religionem, etiam quando relictum est ad dotem alicujus indeterminatæ personæ. Sed suppositum est falsum, & per consequens nihil inde probatur. Nam ex ipsis verbis bujus Constitutionis satis apparet, in ea contineri jus novum, quod priùs non erat observandum: atqui Intentio præsumpta testatoris semper fuisset observanda. ergo continetur novum privilegium; quod non est extendendum ad alium casum, non comprehensum in præjudicium substitutorum vel hæredum: sicut ipsa lex dicit, non debere extendi præterquam ad conditiones ibi enumeratas, ut Nuptiarum, &c.

346. DUBITATUR 9. An legatum pro liberandis incarceratis, possit dari ad redimendum aliquem proximè incarcerandum. ℞. Affirmativè; quia hoc videtur esse ad mentem testatoris, qui plus non videtur voluisse, quàm ut aliquis per illud legatum evaderet carcerem: nisi fortè constaret, quòd commiseratione ductus fuisset erga illos, qui jam aliquandiu miseriam & pœnam carceris sustinuissent. Responsionem benè declarat Lugo, exemplo Redemptionis B. Virginis per præservationem à peccato: & etiam auctoritate S. Thomæ 3. *p.* *q.* 52. *a.* 2. *ad* 2. in illa verba act. 2. *Christus*

 solvit

solvit dolores Sanctorum Patrum in inferno. non quos incurrerunt, sed quos incurrissent.

347. DUBITATUR 10. An sicut legata profana fiunt caduca, quando eorum executio est impossibilis in ea specie quâ relicta sunt, ità etiam legata pia. ℞. Negativè, sed convertenda sunt in alium usum pium, similem illi quem testator intendebat, quia jam testator voluit hæredem carere illo legato, & illud expendi in bonum animæ suæ, ut colligitur ex Trid. *sess.* 25. *c.* 8. ibi. [Quodsi Hospitalia hæc ad certum peregrinorum aut infirmorum aut aliarum personarum genus suscipiendum fuerint instituta: nec in loco ubi sunt dicta hospitalia similes personæ aut perpaucæ reperiantur: mandat adhuc, ut fructus illorum in alium pium usum, qui eorum institutioni proximior sit, ac pro loco ac tempore utilior, convertantur: prout Ordinario, cum duobus de Capitulo, qui rerum usu peritiores sint, per ipsum deligendis, magìs expedite visum fuerit, nisi aliter fortè etiam in hanc eventum in eorum fundatione aut institutione fuerit expressum: quo casu quod ordinatum fuit, observari curet Episcopus, aut si non possit ipse, prout suprà, utiliter provideat.]

De ultimarum voluntatum commutatione, præ oculis habendum est decretum ejusd. Concilii sess. 22. c. 6. [In commutationibus ultimarum voluntatum, quæ non nisi ex justa & necessaria causa fieri debent, Episcopi, tanquam delegati Sedis Apostolicæ, summariè & extrajudicialiter cognoscant, nihil in precibus tacitâ veritate vel suggestâ falsitate fuisse narratum, priusquam commutationes prædictæ executioni demandentur.]

Eodem modo specialiter convenit Supremis Principibus sæcularibus, easdem ultimas voluntates ex rationabili causa commutare, ut habetur *l. 4. ff. de administr. rer. ad civit. pertin. Legatam municipio pecuniam, in aliam rem quàm defunctus voluit, convertere citra Principis auctoritatem non licet.* Sed de his plura dixi in appendice præced. tractatûs ubi videri possunt.

CAPUT

C A P V T IV.

DE FALCIDIA, ET TREBELLIANICA, A LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS DETRAHENDA.

CONTROVERSIA I.

A quibus detrahatur Falcidia, & quid in eam sit computandum.

S V M M A R I V M.

Refertur ex Instit. textus, & causa ferendi legem Falcid. 348.

Vnde desumpta sit ejus denominatio. 349.

Non habet locum in testamento militis. eod.

Nec in legatis privilegiatis. 35n.

An per hac graventur alia legata. eod.

De Senatusconsulto Trebelliano, & Pegasiano. 351.

An Falcidia detrahatur à Fideicommissis singularibus. 352.

Pro quo tempore consideretur quantitas patrimonii. 353.

An à regula communi excipienda conditionalia legata. 354.

An legatum hæredi relictum, sit integrè in Falcidiam computandum. 355.

Hæres fiduciarius in Trebellianicam compueat fructus. eod.

An solutum ultra dodrantem possie repeti condictione indebiti. 356.

An legatarius teneatur in foro conscientiæ restituere. 357.

An tantùm à legatis & fideicommissis possit detrahi Falcidia. 358.

An, nemine contradicente, possit in conscientia detrahi Falcidia, in casibus in pœnam prohibitis. 359.

Quomodo sit detrahenda Falcidia. 360.

348. Causam ferendi hanc legem recenset Imperatnr Inst. h. t. pr. [Cùm enim olim lege duodecim Tabb. libera erar legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erngare, visum est hanc legandi licentiam coarctate: idque ipsnrum testatntum gratiâ provisum est, ob id quod pletumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus, pro nulln aut minimo lucrn hæreditates adire. Et cùm super hnc tam Lex Furia (*prohibens uni legaeario legari ultra* 100n. *aureos*) quàm Lex Vocnnia (*prohibens ne cui quis plus quàm hæredi relinqueret*) latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei cnnsummatinnem videbatur: nnvissimè lata est Lex Falcidia, quâ cavetur, ne plus legare liceat quàm Dodrantem totnrum bonorum, id est, ut sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum, eosve pars quarta remaneat.]

349. Dicta & dennminata est hæc lex Falcidia, unn à Consule Falcidio, vel à falce (ut cum Accursin putârunt aliqui) sed à Cajo Falcidio Tribuno Plebis, & ideo nrigine suâ fuit Plebiscitum.

Hac igitur lege non de singulis hæredibus (ut fiebat per legem Furiam & Vaconiam) sed de omnibus totâque hæreditate sancitum est, ut ità temperentur legata, ut quarta patrimnnii pars hæredi cnnservetur, adeo, ut si plus legatum fuerit, quarta pars Legatis defalcetur, eámque hæres non solùm per retentinnem, sed etiam per vindicationem consequi valeat. Verba legis exstant *lege* 1. *ff. h. t.*

Hæc Lex Falcidia non habet locum in testamento militis *l.* 12. *C. de testam. mil.* *In testamento militis legem Falcidiam, & in legatis & fideicommissis cessare explorati juris est.* Unde ne horum ultima voluntas qunad legata destitueretur tam facilè, aliud remedium inventum est, ut repudiantibus hæredibus scriptis hæreditatem, à snbstitutis hæredibus, vel ab intestato succedentibus legata præstarentur.

350. Secundò, Falcidia non habet locum in Legatis Privilegiatis, nt sunt legata relicta cum perpetua inalienabilitate, ut habent duæ

auth. C. h. t. *Sed & in ea re cessat Falcidia, quæ ità relicta est, ne alienetur, sed remaneat apud Successores ejus cui relicta est.* De Legatis piis haber quidem etiam communis sententia, ea esse privilegiata ob claram auth. sed quid de illa authentica dici possit in contrarium, & quid sit de Iure Bavarico, dicetur infrà pluribus.

Circa hæc privilegiata legata notat Hunnius q. 11. hujusmodi privilegiatis legatis non gravari reliqua legata, quasi de illis solis Falcidia detrahenda esset etiam quoad illam partem, quæ à privilegiatis deducenda esset, sed illa legata privilegiata, sicut & quæcunque alia, quæ testamento relicta solida præstantur, ante omnia loco æris alieni deducenda esse, ut sic hæres non cogatur ea de suo præstare, sed totum patrimonium minuatur.

351. Quemadmodum autem per legem Falcidiam legatis est temperamentum impositum, ità & fideicommissis universalibus, quibus hæres directus sæpè ità gravabatur, ut meritò hæreditatem respueret. In quem finem duo sunt facta Senatûs-Consulta, Trebellianum & Pegasianum, quæ à principio differebant, sed postea in Trebellianum vis omnis collata est, ità ut sicut priùs ex Pegasiano quarta detrahebatur de fideicommissaria hæreditate, ità nunc detrahetur ex S. C. Trebelliano, ut habetur §. 7. *Inst. de fideicom. hæred.*

Ad exemplum igitur Legis Falcidiæ respectu legatorum provisum quoque est hæredibus fideicommisso gravatis, ut si rogatus esset totam hæreditatem restituere, posset quartam partem hæreditatis retinere, & de fideicommisso deducere, ob eandem rationem jam suprà relatam, ne abstrererentur ab hæreditate adeunda. Hodierno Iure etiam hæres ab intestato succedens, quartam Trebellianam deducere potest. *L.* 3. *C. ad Trebell.* ibi. *Quod ab intestato quoque locum habet.* Deinde hodierno Iure hæres scriptus qui suspectam habet hæreditatē, non potest eam repudiare, sed cogitur adire, & fideicommissum præstare. Etenim à principio Pegasianum hac de causa introductum fuit, ut primùm testatori, secundariò fideicommissariis consuleretur, ne ille intestatus decederet, hic verò fideicommisso privaretur. Postea verò utrique aliter prospectum est, ut hæres fiduciarius etiam invitus cogeretur hæreditatem adire, eámque fideicommissario restituere, ut dictum est suprà. n. 137.

352. QUÆRITUR 1. An à fideicommissis singularibus, à quibus Trebellianica deduci non potest, deduci possit Falcidia. ℞. Affirmativè; quia fideicommissa singularia sunt per omnia Legatis exæquata.

353. QUÆRITUR 2. Pro quo tempore consideretur quantitas Patrimonii ad quam ratio Falcidiæ exigitur. Ad hoc respondetur §. 3. *Inst. de lege Falc.* [Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur.] Itaque v. g. si is qui centum aureorum patrimonium in bonis habet, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum tantum accessit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantùm decreverint bona, ut non ampliùs, quàm septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur.

354. Ab hac tamen regula excipiunt non ignobiles Interpretes legatum conditionale, & legatum rei alienæ, nimirum quia horum legatorum dies non cedit à die mortis testatoris, sed à die aditæ hæreditatis.

355. QUÆRITUR 3. Si testator etiam hæredi legatum reliquit, an illud computandum integrè sit in Falcidiam, sicut in Trebellianicam computandum est, si quid hæredi Fiduciario legati nomine relictum est. ℞. Negativè. Sed ex illo sicut ex aliis legatis Falcidia detrahitur. Textus est *in l. 91 ff. ad l. Falcid.* [In quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam hæres habere debet, imputantur res, quas Iure hæreditario capit, non quas Iure legati, vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ accipit; nam hæc in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, sive legatum, vel fideicommissum datum sit hæredi, sive deducere, vel præcipere, vel retinere jussus est, in quartam ei imputatur.]

Imò Hæres Fiduciarius debet in Trebellianicam computare fructus perceptos eo tempore, quod inter mortem testatoris, & restitutionem fideicommissi intercedit. *l.* 18. §. 1. *ff. h. t.* *Planè fructus in quartam imputantur, ut est rescriptum.*

356. QUÆRITUR 4. Quandoquidem ex dictis constat, id quod suprà dodrantem est, esse indebitum, an hæres, quod ultra dodrantem solvit, possit repetere *condictione indebiti.* Ad hoc quæsitum respondetur cum distinctione. Vel solvens scivit se solvere ultra dodrantem, & se ad hoc solvendum non teneri, vel hoc nescivit. Si primum, non habet conditionem, nec repetere potest, quia censetur donâsse. Si secundum, tunc iterum subdistinguendum est. Vel enim ignoravit ignorantiâ facti, vel ignorantiâ Juris. Si primum, habet condictionem indebiti. v. g. si ignoravit, id quod solvit, esse plus quàm dodrantem, quia putavit, plus esse in hæreditate. Si verò solvit ex ignorantia Iuris, & est persona, in qua ignorantia Iuris non præsumitur nec toleratur, v. g. si ignoravit se non teneri ultra dodrantem, tunc non

non habet condictionem indebiti. Habentur hæc in diversis Iuribus. *l. 53. ff. de R. I.* [Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est.] *lege 9.* C. ad L. Falc. [Error facti quartæ ex causa fideicommissi non retentæ repetionem non impedit. Is autem qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet: quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.]

Sed hîc quærunt Theologi, an factâ solutione ex ignorantia facti teneatur legatarius in conscientia restituere Falcidiam, etiamsi eam non petat hæres, eò quòd nesciat se ultra dodrantem solvisse. Antonius de Butrio & Medina *de rebus restit. q. 23.* distinguunt, & aiunt, quando verisimile est testatoris voluntatem fuisse, ut legatarius integrum acciperet legatum, quia rudis erat & ignarus Iuris Falcidiæ, legatarium non teneri restituere Falcidiam, quoniam in conscientiæ foro observanda est voluntas testatoris. Quando autem verisimiliter voluntas testatoris fuisset, ut hæres Falcidiam detraheret, quod præsumendum est, quando testator jus, & vires sui patrimonii sciebat, tunc sive juris sive facti ignorantiâ integrum legatum hæres solvisset, teneri legatarium restituere Falcidiam. Hæc illi, quæ multis impugnari possent.

357. DICENDUM est, teneri legatarium in foro conscientiæ restituere, quando hæres sublatâ ignorantiâ posset eam repetere. Ità Molina & Lugo, post Bartolum, Baldum, Panormitanum & alius. Ratio est, quia non obstante quacunque tacitâ voluntate & intentione Testatoris, potuit lex civilis introducere, & introduxit Ius Falcidiæ deducendæ, sicut præscriptionem, actionem ad supplementum, & sexcenta alia introduxit: ergo hæres habens ex iisdem legibus jus repetendi indebitè solutum, habet sibi obligatum in conscientia legatarium, non minùs, quàm quicunque alius qui indebitum bonâ fide solvit.

358. QUÆRITUR 5. An tantùm à Legatis & Fideicommissis detrahi possit Falcidia. ℞. Eam etiam deduci posse à donatione causâ mortis, *L. 18. C. ad l. Falcid.* ibi. [Si enim, cùm mortis causâ donatio procedat, & hæc modum Legis Falcidiæ excedat, hæres post aditionem repetit eam pecuniam, quæ ultra modum Legis Falcidiæ corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit, &c.] & *lege. 5. eod.* id ipsum præmissum erat. *Si mortis causâ immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiæ ratione meritò uti potes.* Extendunt hoc DD. communiter etiam ad donationem inter conjuges, aliásque non nisi morte confirmandas; & quidem ob paritatem rationis id omnino dicendum videtur, quamvis lex 12. quæ adducitur, id non satis exprimat, cùm addat restrictionem, & sic habeat. [In donationibus inter virum & uxorem factis, legem Falcidiam habere locum, quando NB. fideicommissi partibus funguntur, nonnullis juris placitis comprehensum est.]

359. QUÆRITUR 6. Utrum in illis casibus, in quibus in pœnam prohibetur detractio Falcidiæ, teneatur hæres in conscientia non detrahere, etiamsi nemo contradicat, nec proinde sententia feratur. Casus autem sunt isti. 1. Quando hæres non confecit Inventarium tempore & formâ à Iure præscriptis, de quo dictum est suprà, de *Benef. Invent.* 2. Quando post admonitionem à Iudice factam intra annum testatoris voluntatem non est executus: quo elapso non solùm amittit Ius detrahendi Falcidiam, sed spoliari insuper potest hæreditate totâ (legitimâ salvâ) ut habetur *Nov.* 1. c. 1. quam alibi retuli. 3. Quando hæres surripuit aliquid de bonis hæreditatis, ut habetur in eadem Novella. ℞. Negativè, ex principiis alibi positis, & sæpius inculcatis, quòd ante sententiam nemo teneatur ipse in se pœnam exequi. Et quidem si sine culpa aliquid hujusmodi commisisset, & Iudex ex præsumptione culpæ eum condemnaret, posset occultâ compensatione se indemnem servare, ut tradit hîc Molina *d. 213.* & Lugo *n. 300.* & deducitur ex nostra doctrina alibi tradita, nec hîc repetenda.

360. QUÆRITUR 7. Quo modo sit deducenda Falcidia. Ad hoc respondetur ex §. *fin. Inst. h. t.* [Cùm autem ratio Legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ità ratio habetur, ut ex ea quarta pars apud hæredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit.] In quo tamen §. omissum est, priùs etiam esse detrahendum, quidquid hæredes in testamenti insinuatione, in conficiendo inventario insumpserunt, aut ratione hæreditatis quocunque modo necessario expenderunt: quamvis hæc possint ad *debita* revocari. His detractis detrahuntur legata privilegiata. Ab eo denique quod residuum est, detrahitur quarta pars pro hæredibus, & reliquæ tres partes distribuuntur, ut dictum est, inter Legatarios.

CON-

CONTROVERSIA II.

Utrum unà cum legitima possit detrahi Falcidia, vel Trebellianica.

SUMMARIUM.

Referuntur aliorum sententiæ. 361.
Quid de Jure Bavarico. eod.
Rejicitur sententia distinguens inter casum legati purè, & conditionatè facti. 362. 363.
Præfertur sententia admittens utramque detractionem filio.
Referuntur duo famosa capitula Raynutius & Rainaldus de Testam. 364. 365.
Calumnia Hotomanni & Hunnii *retorquetur.* 366.
Probatur assertio ex Iure Civili. 367.
Potissimum fundamentum ex ratione petitum. 368.
Ponderatur lex 8. §. 14. ff. de inoff. test.
Solvuntur argumenta adversariorum. 371.
Intellectus legis 6. C. ad S. C. Trebell. 372. 373.
Confirmatur ex lege 36. §. 1. C. de inoff. test. 374.
An legitima habeatur Iure hæreditario sicut Trebellianica. 375.
Extenditur Conclusio etiam ad numerum liberorum, quibus debetur Semis. 376.

361. Gravissima est hæc Controversia inter Iure-Consultos, tam Civilistas, quàm Canonistas, qui in tres opiniones divisi sunt.

Prima sententia simpliciter, & universim negat, posse filium gravatum restituere totam hæreditatem, vel gravatum legatis ultra dodrantem, posse inquam plus detrahere, quàm legitimam, quæ quidem legitima hodie est triens, vel semis, secundùm majorem, vel minorem numerum liberorum (ut dictum est tr. de legitima) olim autem erat quadrans seu quarta pars, & ideo solent hunc modum loquendi usurpare DD. in præsenti Controversia, & dicere, non posse hæredem unquam detrahere duas quartas. Ità sentiunt Ant. Faber 11. *error. pragmat. c.* 7. Franciscus Hotomannus *Illust. q.* 44. calumniator Pontificum Romanorum (ut videbimus) Osvvaldus Hilliget, *lib.* 7. *c.* 30. *Donelli enucleati.* Cujacius 8. *obser.* 5. Goveanus, Huonius, & Hatpprecht. Item Ant. Perez, & Henricus Zoesius.

Secunda sententia negat posse utramque deduci, si legata sint purè relicta, benè tamen si sub conditione, vel in diem, nempe quia sic non fieri duplex detractio simul, & semel, (quod videtur Iuribus repugnare) sed successivè. Ità Andreas Gail *Observ.* 121. *vol.* 2. immeritò dicens hanc esse communem omnium sententiam: eandem tenet P. Molina *d.* 187. *n.* 5. P. VVadingus *disp.* 5. *dub.* 4. qui testatur, hanc sententiam communiter in scholis doceri, & Iudicum praxi observari, quod mihi creditu difficile est, ob dicenda paulò pòst.

Tertia sententia docet simpliciter, & absque distinctione, filium posse utramque deducere. Ità tenet & acriter propugnat Universitatis nostræ lumen Fachineus *lib.* 5. *c.* 2. & alterum ejusdem non minus ornamentum Besoldus *in delib. Iur. ex lib.* 35. *ff. q.* 1. & plures alii. Et ex adversariis fatentur plerique, Iure Canonico ità esse statutum, & Donellus scribit, se hanc sententiam Iure Pontificio confirmatam sequi, maximè cùm & usu, & in foro ità obtinuerit, ut ferè ubique observetur. Jus Bavaricum L. R. t. 38. a. 6. hanc sententiam amplectitur, dans liberis primi gradûs potestatem detrahendi ultra legitimam etiam Falcidiã, aut Trebellianicam. Ob hanc Auctoritatem virorum in schola & foro celebrium, dixi me non credere id, quòd VVadingus paulò antè dixerat in oppositum. Quidquid autem sit de praxi & usu, theoricè quæstionem examinando.

362. Imprimis non placet sententia secunda, distinguens inter casum legati purè, & conditionatè facti. Quia nullo Iuris textu nititur, quod tamen in hac quæstione requiritur, cùm leges potuerint hoc vel alio modo ordinare. Præterea leges debuissent potiùs favere illi, qui jussus est purè restituere, quàm qui sub conditione. Nam iste lucratur fructus perceptos interim, dum dies aut conditio eveniat: ergo non esset adeo mirum, si huic præter legitimam negaretur Falcidia: at verò qui purè restituere jussus est, præter legitimam nullum emolumentum caperet: ergo si alterutri Falcidia concedenda esset, utique huic concedenda esset: ergo si illi concedenda est, à fortiori huic concedetur.

Denique falluntur AA. hujus sententiæ etiam in eo (& hoc est fundamentum eorum) quòd putent in tali casu non fieri duas detractiones eodem tempore. Nam, ut benè post Fabrum notat Hunnius, reverà utraque detractio fieret eodem tempore. Legitima enim non potest detrahi ab eo qui est hæres ex asse, & in tota hæreditate institutus est, quia tali non est denegata legitima. Ergo tunc primùm detrahet legitimam, quando est restituendum fideicommissum: ergo tunc primùm detrahetur legitima, quando detrahetur Trebellianica. Ergo, vel nunquam, vel semper, & sine hac distinctione, an simul, vel successivè, detrahet utramque. Itaque

363. DICO, verissimam, & in utroque Iure apertè fundatam esse tertiam sententiam, quam sanè melioris notæ DD. tenent, & aliqui ex adversariis, qui cæteroquin apud me in æstimatione sunt, videntur odio Summorum Pontificum plus indulsisse, quàm Iuribus. Et præterea Antonius Faber, utique Catholicus, potuisset seve-

reverentiùs scribere, cùm scripsit, Sacrosanctos Pontifices communi interpretum opinione deceptos fuisse. Vtrum Conclusio extendenda sit etiam ad ascendentes, ut cum aliis putat P. Molina, mihi valde dubium est, & magis inclino in negativam, quia non videtur tam stricto Iure deberi legitima ascendentibus, sicut descendentibus, & ascendentes excluduntur à descendentibus.

Probatur Conclusio imprimis Authoritate Canonum, in quibus fatetur idem Faber, noluisse Pontifices abrogare Ius Civile, sed receptiore tunc Interpretum sententiâ judicâsse, eandem esse Iuris Civilis constitutionem, ut filius gravatus ultra legitimam, etiam Falcidiam & Trebellianicam detrahere posset, nec dubitâsse, quin salvâ Iuris Civilis authoritate ità scribi oporteret. Duo ergo exstant *in Decretalibus de Testam.* Capitula famosa, cap. *Rainutius* & cap. *Rainaldus*, in quibus Summus Pontifex confirmat, & approbat sententiam Iudicis delegati, qui pronuntiaverat, legitimam restitutioni non fuisse subjectam, & insuper Trebellianicam detrahi potuisse. Et quamvis in ea specie filius rogatus fuerit sub conditione restituere, non autem purè, tamen in hoc non se fundavit, nec fundare potuit Pontifex (neque Iuris Interpretes tunc temporis hac distinctione nitebantur) sed in eo se fundavit cum aliis Iuris Interpretibus, quòd filius in legitima gravari non potuerit, Quartam autem Trebell: quilibet extràneus restitutione gravatus deducere possit, quæ ratio locum habet, sive purè sibi sub conditione filius rogatus sit. Audiamus ipsum textum. Capitulum *Raynutius* sic habet, & continet Facti speciem pulcherrimam, & resolutionem accuratissimam.

364. [Raynutius de Clera duas habens filias, Alterocham videlicet, & Adjectam, matrem insuper Cleram, & uxorem nomine Adelasiam, in extremis positus condidit testamentum, Alterochæ filiæ puberi ultra dotem, quam ei dederat, domum & quendam hortum in eodem testamento relinquens. Adjectæ verò impuberi reliquit cætera bona sua, adjiciens, ut Alterocha & soboles, quam gestabat in utero, eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur. Mortuo itaque testatore, tutores impuberis eam cum omnibus bonis eidem relictis à patre, Iure Lombardo cuidam P. nomine tradiderunt, quæ filium ex eo suscipiens tandē sine liberis est defuncta: cujus bona idem maritus P. superstes aliquanto tempore possedit in pace: qui cum alia muliere Matrimonium contrahens, & filios suscipiens ex eadem, diem clausit extremum. Postmodum inter Alterocham & filium ejus ex una parte, & filios ejusdem P. & Raynerium tutorem eorum ex altera, super bonis prædictis ejusdem Adjectæ suscitatâ materiâ quæstionis, cæperunt coram G. Judice Tuscan. ad invicem litigare: coram quo Alterocha, & filius ejus bona quondam Raynutij tanquam ex causa fideicommissi, vel substitutionis sibi petierunt: tutore filiorum prædicti P. ex adverso dicente, quòd obstabat illis annalis præscriptio, usucaptio pro dote, ac longi temporis silentium diuturnum. Insuper allegabant, quòd de bonis illis tam tertia Claræ matris testatoris, & tertia Adelasiæ uxoris ejusdem, quàm & quarta per Trebellianum nomine ipsius Adjectæ erant ante omnia deducendæ. Dictus verò Iudex supradictum Raynerium tutorio nomine pupillorum in restitutione bonorum condemnavit, & tertia Cleræ primò deducta, quam Adjectæ, ac viro suo donaverat: de qua in substitutione, quam fecit Raynutius, non videtur aliquatenus cogitâsse, deducta quoque tertia Adelhasiæ, quam ipsa P. vendiderat supradicto: præcepit etiam idem Iudex de his rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundùm Tuscanæ consuetudinem Civitatis. Deduci præterea quartam per Trebellianum idem Iudex injunxit, cùm etiam quilibet extraneus restitutione gravatus eam deducere potuisset. Sed utraque pars ab illa sententia provocavit.

Cùm autem coram G. Diacono Cardinale auditore à nobis concesso fuisset diutiùs litigatum, ipse de mandato nostro sententiam suprà dicti Iudicis, videlicet in eo, quòd dixit tertiam Claræ, & tertiàm Adelasiæ integrâliter deducendas pronuntiavit injustam, & ab ea legitimè provocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, ut legitima portio Iure naturæ debita Alterochæ illi salva sit in utraque, ad cujus restitutionem dictum Raynerium condemnavit. In eo verò quòd quartam per Trebellianum idem Judex censuit retinendam: sententiam confirmavit ejusdem, ità videlicet, quòd fructus de bonis ipsius à tempore litis contestatæ percepit à prædicto P. & filius ejus post mortem Adjectæ, computentur in ea: qui si sufficerint, ad quartam & fructus ejus, eo nomine deductio nulla fiat: alioquin juxta quantitatem fructuum perceptorum computationis ratio habeatur. Quia verò pater Adjectæ ipsam in legitima non potuit adgravare, legitimam ipsam, videlicet ejus partis, quæ sibi debebatur ab intestato, deducendam censuit, & etiam tertiàm retinendam, ità quòd deductio fiat tantummodo de his rebus, de quibus secundùm Tuscanæ consuetudinem Civitatis fieri consuevit. In eo autem quòd prænominatus Iudex condemnavit Raynerium nomine pupillorum ad residui restitutionem Alterochæ, ac ejus filio faciendam, ipsius sententiam confirmavit. Nos igitur ejusdem Cardinalis sententiam ratam habentes, ipsam auctoritate Apostolicâ confirmamus.]

Hactenus Innocentius III. ex quibus mihi evidens est, quòd numquam cogitaverit Pontifex de novo Iure condendo: adeoque secundùm Iura Civilia, & recepta pronuntiavit, fas

esse *Adjectæ* tam legitimam suam, quàm Trebellianam simul, & semel deducere.

Audiamus jam Gregorium IX. idem statuentem in cap. 18. cujus hæc est facti species & resolutio.

365. [Raynaldus Peponis filius hæres ab ipso institutus hoc modo, ut patruis suis hæreditatem restitueret, si absque filiis masculis moreretur: cum eis (mortuo Pepone) super quibusdam bonis hæreditatis ejusdem in tres arbitros compromisit: quorum duo, mortuo reliquo, procedentes taliter arbitrati fuerunt, quòd neutra pars haberet licentiam transferendi quocunque modo in alium res prædictas, nisi eorum filios masculos ex ipsis legitimè descendentes, & quod contra hoc fieret non valeret. Porrò dictus R. prolem non habens condidit testamentum, in quo medietatem partis suæ de rebus prædictis quibusdam avunculis suis, aliam verò medietatem, & reliqua bona paterna uni ex patruis suis & ejus filiis legavit, adjiciens, ut bona in quibus ex testamento vel ab intestato dicti hæredes R. possent succedere, si venirent contra legatum dictis avunculis suis debitum, ad ipsos pro determinatis portionibus pervenirent. Denique eodem R. naturæ debitum persolvente, ac uno ex patruis hæreditatem adeunte prædictam, cùm dicti avunculi adversùs eundem patruum ac filios ejus coram Iudice Communitatis Vrbenat. moverunt quæstionem, petendo pro rata, quæ ipsos contingit legatum prædictum, & restitui eis, si contra ipsum illi venirent, quæcunque occasione testamenti ejusdem R. ad ipsos pervenerant, vel poterant pervenisse. Præfatus Iudex ab illorum impetitione illos absolvens, ad aliorum restitutionem bonorũ sententialiter condemnavit eosdem. A cujus sententia cùm ambæ partes nostram Audientiam appellâssent, petente utrâque parte dicti Iudicis sententiam infirmari, quatenus contra se fuerat promulgata, & quatenus pro se faciebat executioni mandari. Dilectus F. noster, &c. Lite coram se legitimè contestatâ, quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partẽ debitam Iure naturæ, in qua gravari nequivit, nec non quartã Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset, propter quod in rebus prædictis avunculis legatis portiones easdem habuit R. præfatus, easque potuit in ultima voluntate legare, ac per hoc legatum tenuit, usque ad tertiam & quartam præfatas, licèt ipsas non expresserit in legando; pronuntiavit, judicem ipsum in eo quòd super hoc dictum patruum in totum absolvit, qui confessus est, se pro medietate possidere prædicta, perperam judicâsse, condemnavitque ipsum ad restitutionem medietatis tertiæ & quartæ partis ipsius legati pro rata, quæ dictos avunculos de ipso contingit, & in residuo præfati Iudicis sententiam confirmavit, &c.]

366. Ad hos textus calumniando respondent Hotomannus & Hunnius, errorẽ hunc longè maximum (si Superis placet) de duarum quartarum detractione, jure Pontificio approbatum fuisse, cujus deinde authoritate plerique interpretes decepti eundem defendere studuerunt. Quòd hæc calumnientur hæretici, mirum non est, sed illud plusquam mirum est, quòd hi Iure-Consulti adeo turpiter sint hallucinati, arbitrantes, hanc sententiam ab his Pontificibus in his Capitulis introductam esse; quo sanè ostendunt, se in cognitione sententiarum, earúmque antiquitate admodum peregrinos esse. Nam priusquam hæ Decretales prodirent, sententia de duabus quartis detrahendis, ab omnibus fuit recepta sine ambiguitate, eámq; tenuit Azo in Summa Collatione 1. cujus sententia in hoc puncto tanquam Evangelium ab omnibus habebatur, ut testator Cotueus, antiquus & celebris JCtus. Præcessit autem Azo Gregorium IX. compilatorem Decretalium & Innocentium III.

367. Probatur jam Conclusio ex Iure Civili. Ius detrahendi Trebellianicam est Ius eam detrahendi ex bonis quæ sunt in hæreditate; & hoc jus competit, sine ulla exceptione, cuivis gravato restituere hæreditatem, eámque detrahit & retinet jure hæreditario. Atqui legitima non continetur in bonis hæreditatis, & eam accipit filius non jure hæreditario, sed jure proprio, & jure naturæ debito, utpote tanquam æs alienum, (ut uno ore clamant Juristæ:) ergo filius gravatus restituere hæreditatem, habet jus ex illa (detractâ jam priùs legitima tanquam ære alieno) detrahendi Trebellianicam. Major propositio est quoad primum membrum certa, & probatur à pari, quia dos non est in hæreditate: ergo nec legitima. ità habetur *l.* 14. *ff. ad L. Falcid. Falcidiam quidem* (inquit Ulpianus) *jure hæreditario, dotem autem jure proprio filiam habituram respondi: quia Dos NB. in hæreditate patris non invenitur.* Secundum membrum evidens est ex §. 8. *Instit. de Fideicommiss. hæred.* [Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus aut totam hæreditatem aut pro parte restituere rogatur. An ex parte hæres institutus aut totam eam partem aut partem partis restituere rogatur.] Præterea clarissimi Iuris est, quòd Legitima non comprehendatur illis bonis, quæ dicuntur esse restitutioni subjecta. ut patet ex *Nov.* 39. *de Restitutionibus & ea quæ.* ubi hæc habentur. [Quamobrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris à nobis positæ Constitutionis rata manere volentes: hoc verò innovantes solummodo, ut si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum, primùm quidem NB. servet filio legitimam partem, non quartam, sed tertiam modis omnibus aut mediam secundùm filiorum numerum, deinde ex reliqua substantiæ parte, si non sufficerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis do-

lis donationis oblationem, &c. excipere etiam hoc ad restitutionem, &c.

368. Et, ut verbo dicam, quod me maximè movet, est hoc. Legitima dednicitur tanquam æs alienum, & non tanquam Donum aut liberalitas defuncti. Sicut ergo quivis Creditor antecedenter ad æstimationem bonorum ex quibus deducenda est Trebellianica, deducit suum debitum, ità deduci potest legitima. Ergo sicut, si Creditor esset hæres gravatus, ante omnia deduceret suum debitum, & insuper deinde Trebellianicam, ità & is, cui competit legitima. Fateor legitimam non deduci sicut alia debita ex contractu, quia tantùm est debitum ex lege, & aliquo modo jure naturæ, solutis priùs debitis ex contractu, & ideo deducitur primùm post soluta alia debita; quia tamen est aliquod debitum, deducetur antequam hæreditas restituatur, nec impediet Trebellianicam, quam lex concedit in lucrum, & propter titulum Hæredis, & aditæ hæreditatis.

369. Probo jam ex lege 8. §. 14. *ff. de inoff. test.* cujus hæc sunt verba. [Meminisse autem oportebit, eum qui testamentum inofficiosum improbè dixit, & non obtinuit, id quod in testamento accepit, perdere, & id fisco vindicari quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur, quod testamento datum est, qui usque ad sententiam judicum lite improbâ perseveraverit: cæterùm si ante sententiam destitit, vel decessit, non ei aufertur, quod datum est, &c.] Et paulò pòst. [Vnde non malè Papinianus lib. 2. Responsorum refert NB. Si hæres fuit institutus, & rogatus restituere hæreditatem, deinde in querela inofficiosi non obtinuit, id quod jure Falcidiæ potuit habere, solum perdere.] In his verbis, per *Falcidiam* intelligitur *legitima*, ut etiam adversarii fatentur, & frequenter in jure vocatur *Falcidia*. Ex quo sic argumentor. Qui habet jus deducendi Trebellianicam, & succumbit in querela inofficiosi, non perdit Trebellianicam, sed solùm perdit legitimam, ut habet textus iste, & fatentur adversarii. ergo si non succumberet in querela, ne quidem legitimam perderet: ergo si non succumberet, deduceret tam legitimam, quàm Trebellianicam. Hoc argumentum fatetur Hotomannus esse fortissimum & acerrimum. Hunnius respondet, argumentum hoc esse à contrario sensu deductum, & ideo non habere vim concludendi adversus textus juris apertos, & rationem juris manifestam.

370. Sed contra est, quia præterquam quòd falsum sit, adversariis favere textus apertos (nam si vel unum tam clarum textum in Iure novo haberent, non difficulter eorum sententiæ quoad Ius Civile accederem) falsum insuper est, quòd hoc argumentum sit purè à sensu contrario, quod fateor sæpè non concludere, sicut non concludit hoc. *Quia Hotomannus hæreticus est, ideo contemnit Canones: ergo si hæreticus non esset, non contemneret.* nam Antonius Faber, qui hæreticus non est, ut vidimus, Canones adductos contemnit. posset ergo & Hotomannus etiam non hæreticus illos contemnere. Argumentum ergo continet particulam restrictivam *Solùm:* & particulam *Perdere.* Quicunque dicitur in aliquo casu unum *solum* perdere, hocipso formalissimè dicit, quòd si ille casus non evenisset, non perderet, sed retineret, v. g. si cum veritate dicam: Petrus solo lusu chartarum perdit: profectò formalissimè dico, quòd si non luderet chartis, non perderet. Ergo dum Vlpianus dicit, quòd hæres gravatus restituere si succumbat in querela, *solùm* perdat legitimã, hoc ipso convincitur dixisse, quòd si non succumbat, eam non perdet. Et nunquid posset Iudex, vel alius bonus amicus talem monere, & dicere: *vide quid agas dum querelam inofficiosi moves. si enim succumbis, perdis legitimam, non tamen Trebellianicam:* nunquid posset hæres hanc facere consequentiam. ergo, ut securus sim de legitima, nolo periculosam querelam instituere. Non video, quid clariùs dici possit. Sed nunc adversariorum argumenta videamus, ex quorum solutione confirmabitur Conclusio.

371. Objiciunt ergo 1. Et præcipuè. Eadem res non potest acquiri duobus titulis lucrativis *l. 159. ff. de R. I.* ergo quarta non acquiritur à filio titulo Legitimæ, & Senatûsconsulti. Ego in hoc argumento nullam vim invenio. Sententia nostra non est, eandem quartam ex diversis titulis acquiri, sed: ex diversis titulis acquiri unam tertiam, & unam quartam: titulo legitimæ tertiam, titulo Trebell. quartam. hoc non negat lex allata, sed hoc, quòd eadem res non possit ex duobus titulis acquiri, licèt possit ex pluribus titulis deberi. sic habet regula. *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ità etiam ex pluribus causis idem possit nostrum esse.* Quid, obsecro, hoc ad præsentem quæstionem? Et quis nescit, posse ex diversis causis eandem quantitatem bis legari, & bis deberi? Ulteriùs respondeo, negando suppositum, quòd legitima habeatur in præsenti casu titulo lucrativo propriè dicto, quia, ut sæpè dixi, est æs alienum, & jure naturæ debitum, quali modo non est debita Trebellianica: & ideo hæc habetur magis propriè ex titulo lucrativo: quamvis non negem, etiam legitimam in alio sensu haberi titulo lucrativo, quia debetur sine onere.

372. Objiciunt 2. Ex lege 6. *C. ad S. C. Treb.* ubi filius rogatus est restituere portionem hæreditatis paternæ fratribus suis, & nominatim constituitur, eum retentâ Quartâ ex S. C. authoritate dodrantem illius portionis paternæ restituere cogendum esse. atqui non restitueret dodrantem, si insuper legitimam retineret.

 Le-

℞. Legem hanc sanam & optimam recipere interpretationem pro nostra sententia. quod ut appareat, lex ipsa recitanda est. [Iubemus, quoties pater vel mater filio seu filiæ, filiis vel filiabus ex æquis vel inæquis partibus hæredibus institutis invicem seu simpliciter quosdam ex his aut quendam rogaverit; qui prior sine liberis decesserit, portionem hæreditatis suæ superstiti seu superstitibus restituere: ut omnibus modis retenta quarta pro authoritate Trebelliani Senatûsconsulti, non per imputationem redituum (licèt hoc testator rogaverit vel jusserit) sed de ipsis rebus hæreditariis dodrans restituatur.] Dico, sensum esse, quòd post detractam legitimam, ex reliquo dodrans restituatur, quod fiet omnino, si ex reliquo Trebellianica deducatur. Sanè, si Imperator voluisset unam ex duabus deductionibus (nam alterutram convenire, nempe vel legitimæ vel Trebellianicæ, & electionem esse penes hæredem, fatentur ultrò adversarii) prohibere, potiùs dixisset; *retentâ legitimâ*: hanc enim non potuit Imperator prohibere, sed benè Trebellianicam. Et cùm Iure novo legitima non sit ampliùs quadrans, sed triens, nemo hodie tam stultus erit, ut Trebellianicam deducat, & non legitimam. Ergo hodie vel hæc Constitutio non observabitur, vel dicendum erit, hodie non licere detrahere legitimam. quod utrumque est absurdum. Ergo ne hoc dicendum sit; rectè dicimus cum Donello, VVadingo & aliis, dodrantem primùm computandum esse post detractam legitimam, v. g. Pater reliquit duodecim millia: detracto triente nomine legitimæ supersunt octo millia: quæ si dividuntur in quatuor partes, tres illius partes restituentur fideicommissario, & quarta pars tanquam Trebellianica retinebitur.

373. Confirmatur hæc Interpretatio. nam in dicta lege supponitur legitima jam fuisse detracta ante eventum conditionis: non quidem realiter, sed æquivalenter & virtualiter: jubet enim testator parens, ut si filius moriatur sine liberis, portionem hæreditatis restituat liberis cæteris: atqui non potuit velle, ut ante mortem, & ante impletam conditionem, non detrahat virtualiter legitimam: hoc enim esset imponere onus legitimæ, quod non licet. ergo locutus est de reliqua portione. ergo Imperator jubet ex hac portione retineri Trebellianicam. Ergo, cùm statim à morte parentis potuerit detrahere legitimam, detractio Trebellianicæ facienda tempore mortis hæredis sine liberis, concessa ab Imperatore in *L. Jubemus* cit. erit secunda detractio. Ergo hæc lex favet nobis potiùs quàm adversariis.

374. Confirmatur 2. ex *lege* 36. §. 1. *C. de inoff. testam.* ex qua evidentissimum est, quòd Trebellianica deducatur ex illa hæreditate, quæ remanet post detractam legitimam. Textus sic habet. [Cùm autem quis extraneo hærede instituto, restituere eum filio suo hæreditatem suam, *cùm morietur*: disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra constitutio, quæ antè composita est, omnem dilationem, omnémque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura mox NB. filio restituatur (*per quartam hîc intelligitur legitima, quia necdum erat constitutus triens.*) in hujusmodi specie quid faciendum sit dubitatur. Sancimus itaque quartæ quidem partis restitutionem jam nunc celebrari, non exspectatâ, nec morte hæredis, nec temporis intervallo: reliquum autem NB. quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram, & qualem leges & nostra constitutio definivit: & scriptus hæres commodum, quod ei testator reliquerit, cum legitimo moderamine (*nempe Trebellianicæ*) sentiet.] Ergo evidens est, quòd dodrans hæreditatis restituendæ spectandus sit post deductam legitimam.

375. Objiciunt 3. Legitima non minùs habetur Iure hæreditario, quàm Trebellianica. Ergo vanum est nostrum fundamentum, & nostra distinctio suprà exhibita, quòd nempe ideo legitima possit unà cum Trebellianica deduci, quia debetur Iure proprio. Antecedens probat Perez, quia filius nunquam habet legitimam, nisi sit hæres. ℞. Antecedens repugnare textui claro, qui habetur *in lege* 14. *ff. ad Falcid.* ibi. *Si pater dotem consentiente filiâ non petiisset, Falcidiam quidem Iure hæreditario, dotem autem Iure proprio filiam habituram respondi.* Deinde licèt filius semper accipiat legitimam, quatenus est hæres necessarius, non tamen eam accipit ex libero Iudicio defuncti, sed ex necessario, & potest legitimâ acceptâ ab hæreditate abstinere, & sic non esse hæres in actu secundo, esto fuerit hæres in actu primo.

Omitto referre alia leviora argumenta, quæ videri possunt apud Fachineum, quæque vel sunt petitio principii, vel desumpta & per varias consequentias deducta ex Iure Digestorum, nos verò nitimur Iure Codicis. Solùm addo, quòd Hotomannus, ut haberet in Codice legem sibi apertiùs faventem, inseruit textui verba, quæ ibi non reperiuntur, nempe Novellæ 39. citatæ pro nobis suprà, inserit hæc verba: *Cæteras autem partes fideicommissario restituat integras.* hæc est insignis falsatio, qualem Hotomannus in Canonibus non inveniet. Et hæc de hac quæstione sufficiant, in qua, ut dixi, Ius Bavaricum nostram sententiam sequitur.

376. Ex dictis infertur, idem planè dicendum esse in casu, in quo ob majorem numerum liberorum, nempe quinarium, aut ultrà debetur semis pro legitima. Negaverat hoc quidem Baldus *Consil.* 94. *lib.* 2. quem secutus est Covarru-

vias,

vias, & Decius. Rectiùs tamen & communiùs alii affirmant, ut Cravetta *Conf.* 50. & apud eundem alii, quos sequitur Fachineus c. 3. Probatur planè ijsdem fundamentis. quibus in casu Trientis probatur, & ubi lex non distinguit, neque nos distinguere debemus. Fundamentum etiam adversariorum leve est; dicunt: absurdū videri, quòd filii gravati plus consequantur ex hæreditate, quàm is cui hæreditas ex fideicommisso restituenda est. Responderi posset uno verbo: *Non videri.* Verùm aliter respondeo, negando, quòd ex hæreditate strictè sumpta, pro quantitate residua deducto ære alieno, inter quod etiam numeratur (suo modo) legitima, plus consequeretur, quia tantùm consequeretur quadrantem.

CONTROVERSIA III.

Vtrum Testator poßit deductionem Trebellianicæ prohibere.

SVMMARIVM.

AN testator possit prohibere detractionem Falcidiæ. 377.
An eodem modo possit prohiberi detractio Trebellianicæ. 378.
Præfertur affirmativa. 379.
Solvuntur objectiones. 380. *& seqq.*
An prohibitio debeat esse expressa. 384.
Qualia debeant esse verba significantia prohibitionem. 385.
Prohibitione generali alienationis omnium bonorum, non esset prohibita Trebellianica. 386.
An detractio Trebellianicæ possit liberis primi gradûs prohiberi. 387.
An possit hæres Falcidianam quartam ab una determinata re adæquatè deducere, quando res certæ & determinatæ legatæ sunt. 388.

QUÆRITUR, an sicut potest à testatore prohiberi detractio Falcidiæ, ità etiam possit prohiberi detractio Trebellianicæ.

377. Quòd detractio Falcidiæ possit prohiberi, habetur in authentica *Sed cùm testator. C. ad Leg. Falc. Sed cùm testator hoc expressim vetuit, non ignarus quis modus sit sui patrimonii, cessat Falcidia. & si hæres in hoc defuncto non pareat, defertur hæreditas personis enumeratis sub titulo de legatis & fideicommissis.* Itē Nov. 1. c. 2. *in fine.* [Si verò expressim designaverit, non velle, hæredem retinere Falcidiam: Necessarium est testatoris valere sententiam: & aut volentem eum parere testatori, &c. aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab hujusmodi institutione, locum verò fieri substitutis, & cohæredibus, & fideicommissariis, & legatariis, & servis, & iis qui ab intestato sunt; & aliis secundùm priùs à nobis inventam in talibus viam.] Quibus Iuribus correctum & abrogatum est Ius antiquum, quo non licebat prohibere detractionem Falcidiæ.

378. Quæstio jam est, an eodem modo possit prohiberi deductio Trebellianicæ à fideicommisso universali, sicut detractio Falcidiæ à legatis & fideicommissis singularibus. Pro negativa pugnat Fachineus *l.* 5. *c.* 4. Item Sarmiento, Alciatus, Forcatius, Ant. Faber, Rittershusius, & (teste Hunnio) sexcenti alii. Eámque amplectitur Ius Bavaricum. Affirmativam tenent etiam multi & graves DD. quos refert & sequitur P. Molina *disp.* 187. *n.* 23. & P. VVadingus L. c. cui sententiæ, nullo citato authore subscribit etiam Hunnius q. 9.

379. Affirmativa sententia mihi magis placet inspecto Jure communi. Probari solet à quibusdam ex eo, quòd Iure novo Falcidia & Trebellianica æquiparentur. ergo quo jure licet prohibere Falcidiam, etiam licebit prohibere Trebellianicam: & quia nulla rationabilis causa afferri potest, suadens licitā prohibitionem Falcidiæ, quæ non etiam procedat in Trebellianica. Verùm hæc probatio lubrica est, non enim per omnia æquiparatur Falcidia cum Trebellianica, sicut æquiparantur legata & fideicommissa particularia. Nam, ut vidimus, jus detrahendi Falcidiam perdit qui Inventarium negligit, & tamen probabilior est sententia, quòd non perdat Jus deducendi Trebellianicam, quæ est communior sententia, à Camera Spirensi recepta, teste Gail, & Mynsingero. & ratio est, quia in pœnalibus non debet fieri extensio, nisi cogat manifesta ratio identitatis, qualis non est in præsenti. Nam in fideicommissis eligitur specialiter fides hæredis; ergo non videtur tam rigidè ab hærede requiri confectio Inventarii: ergo posset etiam esse ratio, cur Iura non permitterent prohibitionem Trebellianicæ, sicut permittunt prohibitionem Falcidiæ.

Meliùs ergo videtur mihi probari sententia affirmativa, supponendo imprimis, quòd frequenter in Iure sub nomine Falcidiæ veniat Trebellianica, quo supposito, probo, quòd Iustinianus in relatis verbis Novellæ 1. per Falcidiam etiam intellexerit Trebellianicam. Si enim eam non intellexisset, ineptè recensuisset inter illos, qui succedunt nolentibus parere testatoris prohibitioni, fideicommissarios, si enim Trebellianica non potest prohiberi, nunquam potest locus esse successioni Fideicommissario, quia hæres volendo deducere Trebellianicam non peccat contra legem, nec contra voluntatem testatoris.

380. Objiciunt adversarii. 1. Correctio Juris antiqui non debere extendi ultra verba legis corrigentis. Præsertim cum Ius antiquum, non permittens prohibitionem Falcidiæ, niteretur

aliis juribus & optimis principiis, nempe quòd nemo possit facere, quin leges in suo testamento locum habeant, ut dicit lex 55. *ff. de leg.* 1. & quia detractio Falcidiæ non in solius testatoris commodum introducta est, sed etiam hæredum, imò & legatariorum ut habetur *l.* 17. *ff. ad L. Falc.* atqui in Novella 1. solius Falcidiæ fit mentio: ergo non est extendenda ad Trebellianicam. Ad hoc jam responsum est, frequenter in Iure sub Falcidia etiam Trebellianicam venire, & quòd ità fiat in Novella, probatum est ea contextu. Quòd etiam alibi ità usurpetur, patet imprimis ea *l.* 30. §. 8. *ff. ad L. Falc.* ibi. *ac ne ea quidem, quæ quis servis suis inutiliter sine libertate legavit, fideivè commisit, in computationem ejus legis* (id est Falcidiæ) *cedunt.* adhuc expressiùs in *l.* 14. *pr. eod.* [Pater filiam, quæ à viro diverterat, hæredem instituit, & ab ea petit, ut fratri & cohæredi suo portionem cohæredis acceptam, deductâ seatâ, restitueret, admissâ compensatione dotis in Falcidiæ ratione, si pater dotem consentiente filiâ non petiisset. Falcidiam quidem jure hæreditario, dotem verò jure proprio filiam habituram respondi.]

381. Objiciunt 2. In dicta Novella conceditur hæredi prohibito deducere Falcidiam, electio, utrum velit hæreditatem adire an repudiare: atqui Fideicommissarius cogitur adire. ergo de illo non potest intelligi dicta Novella. ℞. Imò in dicta Novella, multorum judicio, est emendatum jus antiquum cogendi ut adeat hæres scriptus, nam etiam datur illi electio, quatenus fideicommissario datur facultas succedendi, & loco hæredis scripti adeundi hæreditatem. Sed quidquid sit de hoc (quod mihi verum videtur) ad Objectionem respondetur cum Donello & Hunnio. Quamvis Senatus-Consulto Pegasiano constitutum sit, ut hæres fideicommisso gravatus cogi possit adire hæreditatem, eámque ex fideicommisso restituere, illud tamen saltèm novo Iure eatenus restrictum est, ut tunc solùm cogi possit, quando non prohibetur eam deducere, non verò tunc quando ipsi prohibetur, nam tunc debet illi esse integrum repudiare, quia succedet fideicommissarius.

382. Objiciunt 3. Major est ratio dandi potestatem testatori, ut possit prohibere Falcidiã, quàm Trebellianicam: ergo non est potestas prohibendi Trebellianicam. Antecedens probatur. Nam detractio Trebellianicæ competit hæredi gravato restituere per fideicommissum, qui potest à fideicommissario cogi adire hæreditatem & restituere etiam invitus, ut suprà dictum. Atqui beneficium Falcidiæ datur hæredi gravato ad legata præstanda, qui tamen cogi non potest adire hæreditatem: ergo hæres gravatus fideicommisso est deterioris conditionis, quàm alter. ℞. Transeat antecedens (& fortè ob talem causam Ius Bavaricum negat potestatem prohibendi Trebellianicæ deductionem) nego consequentiam. Perinde enim est, ac si quis ità argumentaretur. Major est ratio relinquendi legitimam descendentibus, quàm ascendentibus: ergo ascendentibus non est relinquenda. mala consequentia. Dixi: *Transeat antecedens.* Nam ex responsione paulò antè data potiùs est negandum, quia non potest cogi adire, quando est prohibitus detrahere Trebellianicam, sicut nec hæres prohibitus Falcidiam.

383. Objiciunt 4. Si posset prohiberi Trebellianica, ejus beneficium planè inutile redderetur, quia semper eam videtur testator prohibere, dum vult hæreditatem restitui. Hoc argumentum optimè retorquet Hunnius in legatis, & Falcidia. Nam non minùs videtur testator velle legata integrè solvi: ergone propterea inutile est beneficium Falcidiæ? Responsio ulterior constabit ea dicendis quæst. sequente: an sufficiat prohibitio tacita.

QUÆRITUR ergo 1. An prohibitio detrahendi Falcidiam, vel Trebellianicam, debeat esse expressa, vel an sufficiat tacita. In hac quæstione resolvenda DD. aliqui ità loquuntur, ut quod verbis negant, videantur reipsâ concedere, & econtra: Hoc autem inde provenit, quòd putent esse prohibitionem tacitam, quæ optimo Iure dici potest expressa.

Certum esse debet, quòd, cùm potestas prohibendi sit concessa contra Ius antiquum, quo non poterat prohiberi, debeant attendi verba Constitutionis relatæ. In ea autem disertis verbis requiritur, ut expressim prohibeatur detractio Falcidiæ, & insuper requiritur, ut hæc prohibitio fiat ab eo, qui conscius est quantitatis sui patrimonii, nam quando non est conscius, præsumitur errore ductus ultra dodrantem legâsse. Verba sic habent. [Hæc autem dicimus, ubi errans testator de sua substantia hoc agit, aut fortè, cùm debuisset etiam ampliorem quantitatem hæredi relinquere, pro minore disposuit. Etenim etiam hoc errantis sententiæ est, & non puræ, & integræ designationis. Si verò NB. expressim designaverit, non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est, testatoris valere sententiam.] Ecce! expressam prohibitionem requirit. Ergo DD. qui dicunt sufficere tacitam, contradicunt Imperatoriæ Constitutioni, quamvis postea talia exempla prohibitionis afferant, quæ rectiùs dicerent esse expressam, quia sufficit talis prohibitio.

384. Itaque expressa prohibitio non est in hoc rigore accipienda, quasi debeat fieri his formalibus terminis: *Prohibeo ne hæres detrahat Falcidiam.* Quàm multi enim sunt, qui nec nomen Falcidiæ nôrunt! Putant ergo plerique DD. sufficere, si testator talibus verbis æquipollentibus, & generalibus utatur, quæ verificari non possent, si Falcidia detraheretur. Hujusmodi putant esse: *Volo, ut Legata integra sine diminutione solvantur.*

385. Ego

385. Ego tamen censeo, hæc talia non sufficere, ut censeatur prohibita deductio Falcidiæ. Sed puto, verba debere esse talia, quæ significent sufficienter, quòd testator habuerit notitiam legis concedentis facultatem detrahendi quartam, (quomodocunque ea vocetur) casu quo ultra dodrantem legata se extenderent. Ratio mea est, quia alioquin semper videretur subesse prohibitio, qui enim legat centum, utique perinde est, ac si diceret: *volo dari centum, sine diminutione?* qui vult restitui totam hæreditatem, utique si interrogaretur, explicaret se, & diceret, se velle eam restitui sine diminutione? Hæc ergo verba plus non significant, quàm quòd velit restitui & solvi, *pleno jure*: hoc est, prout jura volunt & jubent restitui. Ergo meritò præsumi potest, eum qui talibus verbis utitur, & non facit expressam mentionem quartæ, non velle detractionem quartæ contra juris concessionem prohibere. Ergo præsumetur locutus esse vel ex errore circa substantiam sui patrimonii, quòd putaverit legata non excedere dodrantem, vel ex Iuris ignorantia. Ergo requiruntur talia verba, quæ satis manifestent, quòd velit prohibere detractionem à legatis, quæ scit excedere dodrantem.

Hæc opinio mea, quam quidem in his terminis alii non ponunt, videtur tamen esse ex mente Facbinei *l. 5. c. 13. litt. D.* ubi, ut probet, non sufficere illa verba: *Volo solvi sine diminutione*: utitur hoc argumento. Cùm testator ità legatis onerat hæredem, ut debita portio apud eum non remaneat, præsumitur id fecisse per errorem, fortè quòd existimaverit, se plus in bonis habere, quàm haberet, & ideo Falcidiæ locus est, si hæres inventarium confecerit. Sed hæc ratio locum habet, etiam hoc casu, quo testator mandar integra legata præstari, & absque diminutione, & sic videtur prohibere detractionem Falcidiæ. Ergo & in hoc casu locus erit Falcidiæ, si hæres inventarium fecerit, non obstante tacitâ prohibitione. Ità Fachineus.

Idem planè dicendum mihi videtur, si quis non ex errore circa suam substantiam (qui error non præsumitur communiter, sed potiùs scientia, ut notat ex communi P. Molina n. 24.) sed ex ignorantia legis concedentis detractionem quartæ, prohibeat detractionem; quæ ignorantia Jure meritò præsumitur in eo, qui nullam facit mentionem Trebellianicæ, quando dicit: *Volo totam hæreditatem restitui.* Si enim sciret, posse Trebellianicam deduci, & tamen vellet totam restitui, utique explicaret se, & diceret: *Nolo detrahi Trebellianicam, seu quartam.* Talis ergo non censetur sufficienter prohibere Trebellianicam: nam etsi reverâ habeat voluntatem, ut tota hæreditas restituatur, hæc tamen est solùm intentio secundaria: primaria verò intentio esse præsumitur, quòd velit eo modo restitui, quo Iura volunt eum gravari, & non ultrà. Cùm ergo Iura, communiter & per se nolint gravari hæredem ultra dodrantem, hæc quoque est intentio primaria testatoris. Ergo jam non habet sufficientem animum prohibendi detractionem Trebellianicæ. Nam si hanc haberet, deberet expressè dicere: *Nolo detrahi quartam*: vel *Nolo detrahi quidquam, etiam quod alioquin Iura permittunt detrahi.* Et hæc erit prohibitio sufficienter expressa, qualem requirit Imperator. Omnis alia implicita, seu tacita non sufficit, meo quidem judicio.

386. Ex dictis Infero, quòd quando testator in fideicommisso poneret generalem prohibitionem alienationis omnium bonorum, quòd inquam non propterea prohibuisset sufficienter Trebellianicam, ut ex communiori docet Facbinens *c. 6. lib. 5.* Nam sola legata & fideicommissa particularia specialiter alienari prohibita, sunt privilegiata, ut Falcidia non detrahatur, per textum suprà cit. contr. 1. *& Novell. ult. §. ult.* ibi. [Si quando autem aliquis testamentum faciat, & aliquam rem immobilem suæ familiæ, aut alteri cuiquam personæ nomine legati reliquerit, & specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari, sed aut apud hæredes, aut apud successores illius, cui relicta est, permanere, in hoc legato jubemus Falcidiam legem locum penitus non habere, quoniam alienationem ejus testator ipse prohibuit.] Ratio discriminis est, quia etiamsi ex re particulari non possit ob prohibitionem dertahi Falcidia, aut Trebellianica, potest tamen detrahi ex cæteris. at verò si omnium bonorum alienatio prohibita esset, nullo modo detrahi posset, & hæc esset tacita prohibitio, quæ tamen ex dictis non sufficit.

387. QUÆRITUR 3. An Testator possit liberis primi gradûs prohibere Trebellianicæ deductionem. Negant multi, quos refert & sequitur Covarruvias *cap. Raynutius. §. 11. n. 7.* & Clarus *de test. q. 63.* Hunnius *hic* Fachineus *c. 5.* sed hic ultimus procedit ex eo fundamento, quòd universim putet Trebellianicam prohiberi non posse. Cæteri habent speciosius fundamentum, ut videbimus.

Probabilior tamen est sententia affirmans, quam tenent Emanuel à Costa, Menochius, Baldus, Salycetus, Corneus, & uterque Molina, citati apud Fachin. & P. Molinam, Ratio est, quia exceptionem liberorum primi gradûs à facultate generali nullo juris textu probant adversarii: ergo non est asserenda.

Putant adversarii, liberos primi gradûs esse quoad hoc specialiter privilegiatos in lege *Jubemus C. ad Trebell.* quam suprà recitavi, cùm probarem posse liberos deducere Trebellianicam cum legitima. in ea enim dicitur: [Jubemus, ut omnibus modis retentâ quartâ pro auctoritate Trebelliani, non per imputationem reditunm, licèt hoc NB. testator rogaverit vel jusserit,

jusserit, sed de ipsis rebus hæreditariis dodrans restituatur.] Ad hoc respondet inter alia P. Molina, quòd etiamsi filiis ibi factus esset favor specialis, ille tamen esset revocatus per Novellam posteriorem, quæ universim dat potestatem prohibendi. Hæc tamen responsio non procedit. Nam recepti juris est, & traditur in tract. de Legibus, quòd quidem generi per speciem derogetur, non tamen speciei per legem generalem etiam posteriorem, nisi prioris specialis legis revocatoriam mentionem faciat. Meliùs respondet idem auctor, in lege *Jubemus*, nullum specialem favorem liberis factum esse, quia tunc temporis, cùm illa lex conderetur, adhuc vigebat jus antiquum, quo nemini licebat prohibere detractionem Falcidiæ. Præterea etiamsi in illa lege esset factus favor specialis, (qui non esset revocatus per Novellam) ille favor non consisteret in hoc, quòd patet nunquam posset filiis prohibere detractionem Falcidiæ, sed præcisè & unicè non posset prohibere, quando unus filius alteri filio juberetur restituere, prout casus est illius legis.

388. QUÆRITUR 4. An hæres Falcidianam quartam possit ab una determinata re adæquatè deducere, quando certæ & determinatæ sunt. ℞. Si res sit indivisibilis, v.g. libertas, vel servitus, talis res in solidum præstabitur, sed factâ illius æstimatione tantùm cedet hæredi, quantum requirit Falcidiæ detractio. *l. 34. & 35. ff. ad Falcid.* [In testatoris servo non erit Falcidiæ locus. Planè si quid præterea legatum ipsi servo, Falcidiæ locum fore senatus declaravit. Unde Scævola ait, in eo quod præterea legatum est, ità Falcidiam admittendam, ut inde, & quod pro servo præstandum est, sumatur.] ℞. 2. Si res sit divisibilis, tunc Falcidia non de una aliqua re legata, sed de singulis rebus deducenda est, ità ut quod in singulis rebus ultra dodrantem legatum est, hoc de singulis detrahatur. *l. 73. §. fin. ff. eod.* ibi. *Quodsi excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso jure minuuntur.*

CONTROVERSIA IV.

Utrum Legata Pia sint contra Falcidiam privilegiata, & Fideicommissa contra Trebellianicam.

SUMMARIUM.

An quæstio sit extra controversiam ob Auth. Cod. h. t. 389.
Ostenditur, Novellam, (*ex qua sumpta est Auth.*) 131. c. 12. *recipere alium sensum.* 390.
Ponderatur lex 49. §. 2. C. de Episc. & Cleric. 391. 392.
Textus faventes Falcidiæ an sint corrupti. 393.
Quid Jure Bavarico. 394.

QUando Hæres etiam est Causa Pia, tunc facilè conveniunt DD. posse Falcidiam deduci, & Trebellianicam. Quando verò solus Legatarius aut Fideicommissarius est causa pia, tunc est res controversa, loquendo etiam de legatis piis pro anima defuncti factis.

389. De hac re exstat rotundus textus in Authentica suprà citata contr. 1. *Similiter Falcidia cessat in his quæ ad pias causas relicta sunt.* Propter quem textum putat Molina & plerique alii, esse quæstionem extra controversiam. Sed falluntur. Nam, ut alibi monui, Authenticæ non sunt semper satis accuratè ex Novellis desumptæ, sed studio brevitatis quandoque ità defectuosè concinnatæ, ut sensum Novellæ corrumpere videantur. Quod an in præsenti factum sit, potest & solet dubitari. Est autem dicta Authentica desumpta ex capite 12. Novellæ 131. quod sic habet.

[Si autem hæres, quæ ad pias causas relicta sunt, non impleverit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, præcipimus, omni Falcidiâ vacante, quidquid invenitur in tali substantia proficere provisione sanctissimi locorum Episcopi ad causas quibus relictum est.]

390. Profectò si verborũ apicibus inhærendum est, alius est sensus hujus Constitutionis, quàm qui inesse putatur, ut benè notârunt antiquiores Interpretes. Non enim dicit Justinianus, generaliter & absolutè se constituere & sancire, ut in legatis ad pias causas lex Falcidia cesset, sed, cùm paulò superiùs pœnam imposuisset hæredi non adimplenti voluntatem testatoris in præstandis hujusmodi legatis, idem argumentum continuans loquitur constanter de hærede qui moras nectit in hujusmodi legatis præstandis, sub hoc prætextu, quòd ad ea præstanda non sufficiant bona testatoris, & ideo statuit Imperator in pœnam moræ & morositatis, ut tota substantia defuncti cedat in solutionem legati. Debuisset ergo Imperator aliter, & cla-

rius-

tiùs loqui, si causas pias voluisset universim privilegiatas.

391. Posset etiam pro communissima sententia afferri *Lex* 49. §. 2. *C. de Episc. & Cler.* ubi hæc verba inseruntur. *Quomodo ferendum est, hoc quod in sacrum venerit, per Falcidiam, vel aliam occasionem minui?* Verùm si lex à principio legatur & ponderetur, appatet, esse longè alium sensum, & inde potiùs contrarium probari, eò quòd Imperator supponat esse locum Falcidiæ. sic enim incipit lex. *Si quis ad declinandam legem Falcidiam, cùm desideras totam suam substantiam pro redemptione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit hæredes, ne videatur quasi incertis personis hæredibus institutis judicium suum oppugnandum reliquisse. Sancimus ejusmodi & talem institutionem pietatis intuitu valere.* Ecce! quòd supponat Imperator, alioqnin fore locum Falcidiæ, si alium hæredem instituisset, & pro captivis tantùm legata reliquisset. Porrò Imperator ideo approbavit talem institutionem pietatis causâ, quia alioquin potuisset impugnari, eò quòd incertæ personæ institutæ esse videantur, ut in verbis relatis dicitur. Quo eodem sensu postea loquitur io §. 2. dum ait: [Nullo penitus ex hoc lucro, vel Oeconomo, vel Episcopo, vel sacrosanctæ Ecclesiæ relioquendo. Si enim propter hoc à speciali hærede recessum est, ut non Falcidiæ ratio inducatur, quomodo ferendum est hoc, quod in sacrum venerit, per Falcidiam, vel aliam occasionem minui.] Horum verborum sensus est iste. Vidit Imperator, fieri posse, ut Oeconomus, aut Episcopus Ecclesiæ posset prætendere, se esse hæredem, & ideo vellet deducere pro se, vel Ecclesia Falcidiam, prohibet Imperator hoc lucrum, & dat hanc egregiam rationem: si enim Testator ad declinandam Falcidiæ detractionem noluit aliquem specialem hæredem scribere, sed potiùs personas incertas, non est æquum, ut Oeconomus Falcidiam detrahat, aut quocunque alio prætextu hæreditatem minuat. Hoc ipsum repetit Imperator semel iterúmque in sequentibus, ubi dicit: *Si enim hæredum eis* (i. e. Episcopo & Oeconomis) *& Ius & nomen dedimus, sine Falcidiæ tamen legis emolumento.* Item. *Pro tempore Oeconomus sacrosanctæ Ecclesiæ, vel Episcopus hæreditatem accipiat, & sine Falcidiæ ratione pauperibus, qui in Civitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel aliâ sustentatione egentibus eadem pecuniâ distribuantur.* Et in fine statuit idem esse observandum quoad Falcidiam non detrahendam, quando certa persona ex pauperibus, vel certa Ecclesia designata est, & ait, tunc non posse Episcopum pro libitu inter pauperes distribuere. *Sin autem in personam certam, venerabilemve certam domum respexerit, ei tantummodo hæreditatem, vel legatum competere sancimus, nullâ Falcidiâ, nec in hac parte intercedente.*

392. Itaque non fuit animus Imperatoris prohibere Falcidiam in casu, quo aliquis profanus hæres scriptus esset, & legatis gravatus ultra dodrantem, sed solùm prohibuit, ne illam Episcopus, vel Oeconomus prætendere posset prætextu hoc, quasi ipse hæres esset, quia reverâ non sunt ipsi hæredes, sed ipsi captivi, pauperes, Ecclesia designata, &c. quos directè testator instituit in eum finem, ut totam substantiam obtinerent absque dedoctione Falcidiæ, quam alioquin pati deberent, si alius hæres institutus esset.

393. Et ità quidem respondent AA. ad hos textus. Deinde afferunt pro se insuper legem 1. §. 5. *ff. ad L. Falcid.* ubi expressè dicitur, Falcidiam habere locum in legatis piis, sicut etiam in legatis ipsis Municipibus relictis. *Ad Municipum quoque legata, vel etiam ea quæ NB. Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Qui textus est adeo clarus, ut Cujacius non invenerit aliud quod responderet, quàm textum corrigendo, & sic legendo: *Non etiam ad ea.* ponendo *Non*, pro *Vel*, cùm tamen omnia exemplaria legant *Vel*. Quæ proinde est prorsus improbabilis correctio Iutis.

Ob hæc fundamenta negârunt plures, legata pia esse privilegiata, cum quibus sentit Fachineus, & etiam ità publicè defendit Hieronymus Arnoldus Rath, In hac Ingolstadiensi Universitate Professor celeberrimus.

Verùm autem Consuetudo ob communionem, & magis piam sententiam contrarium habeat, mihi non constat, & per me licet, ac optandum est, ut communis sententia in toto mundo practicetur.

394. Iure Bavarico constitutum habetur *ar.* 2. ut in legatis piis tunc solùm Falcidiæ locus sit, si ex aliis legatis integra quarta haberi non posset: adeoque tamdiu manent sine diminotione legata pia, quamdiu alia legata non fuerint exhausta. à fideicommisso ad causas pias relicto Trebellianica hoc Iure deducitur, ità ut nec prohiberi possit. tit. 38. a. 5.

Eodem Iure locus non est Falcidiæ in legato rei debitæ, & quando hæres Falcidiæ renuntiavit. Eodem Iure tit. 38. a. 6. amittitur Trebellianica, si Inventariû confectum non est, nisi liberi primi gradûs hæredes essent. tit. 38. a. 6.

CONTROVERSIA V.

Vtrum Portione hæreditatis oneratâ accedente ad non oneratam, liceat adhuc ratione oneratæ deducere Falcidiam.

SUMMARIUM.

IN singulis hæredibus gravatis Falcidia procedit. 395.
Declaratur in exemplo. 396.
Quid Juris, si hæres gravatus repudiet hæreditatem, & ejus portio alteri accrescat non gravato, & jam habenti quartam partem. 397. 398.
Cur legata integra præstanda sint, quando pars onerata accedit non gravatæ. 399.

395. CErtum est, quòd in singulis hæredibus gravatis ratio legis Falcidiæ ponenda sit. Et ea sus resolvitur §. 2. Inst. h. t. [Et cùm quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, velut Titio & Seio, si Titii pars, aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, à Seio verò, aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem dimidiam minuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut ampliùs habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab ipso relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ patris salvam habeat; placuit posse retinere. etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.]

396. Est ergo Regula certa. Si plures sint hæredes scripti ex certis portionibus, quilibet debet salvam habere quartam partem suæ portionis. non obstante, quòd apud alterum hæredem maneret quarta pars totius hæreditatis. Exemplum. Quidam habens in bonis 400. fl. instituit ex æquis partibus hæredes Titium & Seium, sed Titium damnat solvere legatum 200 fl. Sempronio, Seium nihil gravat. Ecce! etiamsi solverentur 200. legati, & Titius nihil haberet, adhuc non tantùm quarta, sed semis maneret apud hæredes indivisim sumptos, nempe ducenti fl. ergo videri posset, ultrà nihil detrahendum esse. Nihilominus Imperator vult, posse Titium detrahere quartam suæ portionis, hoc est, ducentorum, adeoque 50. Hæc certa sunt.

397. Dubium est, quid juris sit, si contingat, ut hæres, cujus portio ultra modum gravata est, hæreditatem repudiet, & portio onerata accrescat alteri hæredi non gravato, adeoque habenti jam quartam, imò plus quàm quartam totius hæreditatis, ut in exemplo superiùs posito: quæritur inquam, an Sejus, cui accrevit portio gravata Titii, possit quartam nihilominus deducere, sicut potuisset ipse Titius. Pro affirmativa facit lex 78. *ff. ad L. Falc.* quæ sic habet. [Quodsi alterutro eorum deficiente alter hæres solus exstiterit, utrum perinde ratio Legis Faltidiæ habenda sit, ac si statim ab initio is solus hæres institutus esset, an singularum portionum separatim causæ spectandæ sunt? Et placet: si ejus pars legatis exhausta sit, qui hæres exstiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem: quia non est Legatis onerata, quia & legata quæ apud hæredem remanent, efficiunt, ut exteris legatariis aut nihil aut minùs detrahatur: si verò NB. defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiæ, atque si ad eum ipsum pertineret, à quo defecta fieret.]

398. Eadem sententia continetur *in l.* 87. §. 4. *eod.* sed est tota legenda, nam à principio videri posset esse contraria. Sic habet. [Qui filium suum impuberem, & Titium æquis partibus hæredes instituerat, à filio totum semissem legaverat. (*ecce! casum superiùs positum*) à Titio nihil: & Titium filio substituerat: quæsitum est, cùm Titius ex institutione adiisset, & impubete filio mortuo ex substitutione hæres exstitisset, quantum legatorum nomine præstare deberet. & placuit, solida legata eum præstare debere: nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, & solida legata præstarentur.] Cur hoc? quia in casu posito filius nunquam patri hæres exstitit: nos autem loquimur de casu quo hæres gravatus hæres exstitit in actu primo, hoc est, supervixerit post testatorem, & de hoc casu subjungitur in dicta lege. [Sed hoc ità verum est, si filius antequam patri hæres existeret, decessisset. Si verò patri hæres fuit, non ampliora legata debet hæres substitutus, quàm quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil ampliùs, quàm semissis dodrantem præstare necesse habuit.] Nec admittenda est quorundam distinctio, qui dicunt, tunc solùm esse locum Falcidiæ, quando portio onerata accedit non oneratæ jure accrescendi, non item quando accedit jure substitutionis, eò quod illa accessio sit ex lege, hæc verò ex voluntate testatoris. nam ubi lex non distinguit, nec nos distingere debemus. præsertim cùm substitutus portionem alterius acquirat ex persona alterius ejus substitutus est: & quia debet onera illius portionis etiam subire, quid mirum si etiam Falcidiæ commodo fruatur? Denique ratio est, quia semper spectanda est persona illius ejus pars defecit. Si enim unicè spectaretur persona cui illius portio accedit, ne quidem legata præstare tenetetur, quia à se nulla legata sunt relicta.

399. Quæret aliquis: cur ergo legata integra præstanda sunt (vigore textûs adducti) quando pars non onerata accedit oneratæ? Ad hoc respondet Hunnius cum Donello (si benè illos

illos intelligo) rationem esse, quia qui gravatus est legatis, præstat legata ex propria personâ: ergo non debet conqueri, si aliunde illi tantum accedat, ut possit ea integra præstare salvâ quartâ. Videtur ergo Falcidia quarta solùm concedi sub tacita conditione: si gravatus in propria persona non aliunde juvetur, ut possit habere quartam solutis integrè legatis. ergo si illi accedat lucrum ex portione alterius non gravata, non potest conqueri, si lucrum in locum Falcidiæ succedat.

CONTROVERSIA VI.

Quænam imputanda sint in quartam Falcidiæ vel Trebellianicæ.

SUMMARIUM.

IN Falcidiam imputantur, quæ jure hæreditario capiuntur. In Trebellianicam verò etiam quæ alio jure. 400.

Quomodo conciliari possit lex 91. ff. ad L. Falcid. cum lege 30. §. 7. eod. 401.

Excipiuntur à Regula tradita Prælegata seu præcipua. 402.

Fructus intermedio tempore percepti computantur in Trebell. eod.

Excipitur filius gravatus restituere fratribus aut propriis filiis. 403.

Quid jure Bavarico. 404.

400. DICENDUM 1. In Falcidiam imputantur illa solummodo, quæ Iure hæreditario capiuntur. In Trebellianicam verò, quæ alio etiam Iure, quàm hæreditario, velut jure legati, & fideicommissi capiuntur. Habetur In *l. 91. ff. ad L. Falcid.* [In quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam hæres debet, imputantur res, quas jure hæreditario, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ accipit, nam hæc in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, sive legatum, sive fideicommissum datum sit hæredi, sive præcipere, vel ducere, vel retinere jussus est, in quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quam accepit à cohærede, extra quartam id est, quod à cohærede accipitur. Sed etsi acceptâ pecuniâ hæreditatem restituere rogatus sit, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. Sed & quod implendæ conditionis causâ fideicommissum hæredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est: si quid verò implendæ conditionis causâ hæres accipiat, à Legatariis in Falcidiæ computationem non prodesse: & ideo si centum prædium legaverit defunctus, si quinquaginta legatarius hæredi dederit, centum legatis computationem fieri, & quinquaginta extra hæreditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.]

401. Huic tam aperto textui contradicere non veretur Cujacius, ex hoc solo fundamento, quòd Legata & Fideicommissa sint per omnia exæquata. atqui non essent exæquata, si vera esset tam æstimabilis differentia comprehensa in lege recitata. Hinc Cujacius ausus est dicere, totum versiculum. *Sed & quod.* esse suppositium & spurium, quem secutus est Giphanius & Fachineus. Sed his opponimus omnia exemplaria. Et insuper fundamentum Cujacii est leve. Quia ut suprà semel iterúmque dictum est, Fideicommissa singularia, non universalia sunt exæquata legatis. Hoc ergo fundamentum levius est, quàm ut cogere possit, ad illum versiculum eliminandum.

Negari tamen non potest, huic textui contradicere quoad unam particulam, nempe quoad illud quod conditionis causâ datum est, esse Imputandum in Trebellianicam, contradicere inquam, illi legem 30. §. 7. *ff. eod.* & quod pejus est, ab eodem Martiano scriptam. sic habet. [Tametsi autem legis Falcidiæ ratione, quæ conditionis implendæ causâ hæredi sunt data, in quartam non imputantur: tamen id quod non figurâ conditionis accipere jussus est ab eo cui hæreditatem restituere rogatus: Celso & Juliano nostro placuit computari, quemadmodum si eâ summâ hæres vendere eas res jussus esset: quia non conditionis implendæ causâ, sed quodammodo pro pretio inferre sunt jussi.] Vnde Infertur: ergo si conditionis implendæ causâ accipere jussus esset, non deberet in Trebellianicam imputari, quod est contra legem 91. Hunnius putat, nullâ ratione posse has leges conciliari. Præferendam autem esse legem 91. utpote perspicuam, & manifestâ ratione nixam. Ego facilè capio, quòd mendum aliquod in hunc posteriorem textum irrepserit, dum saltat à Falcidia ad Trebellianicam. Sed quomodo sit emendandum, non præsumo dicere. Si tamen aliquid dicendum esset, dicerem, per Falcidiam intelligi Trebellianicam (ut sæpè fit) & omittendam esse particulam *Non.* quæ ab aliquo glossatore inserta videtur, & sic omnia cohærerent. Ratio autem illius quod dicit lex 91. redditur satis subtilis ab Antonio Fabro, & est hæc.

Ideo in Falcidiam non imputatur quod conditionis implendæ causâ datur, in Trebellianicam verò imputatur; quia cùm hæredi per Falcidiam quadrans detur, priusquam à Testatore quidquam legetur, aut fideicommittatur, ideo non potest quadrans confici ex legatis & fideicommissis & aliis huiusmodi, si quæ sint, quæ ad eum alio quàm hæreditario Iure perveniant; quin potiùs cùm hæc omnia accedant quadranti

jam confecto, extra & supra quadrantem esse debent. At, Senatusconsulto Pegasiano vel Trebelliano non conficitur quarta hæredi, sed permittitur duntaxat, ut sibi ille ipse conficiat, ne omnino infructuosa aditio hæreditatis videatur, & potiùs spe alicujus commodi & lucri ad adeundum invitetur. Eamque ob causam S.Cto satisfactum est, si quartam hæres habeat, undecunque eam habeat.

402. Non est hîc prætermittenda probabilis exceptio à regula tradita, quòd in Trebellianicam imputentur ea quæ habentur titulo non hæreditario, ut legata. Eripienda videntur cum Donello Prælegata, seu Præcipua, quæ testator videtur eâ intentione relinquere, ut plenè & integrè habeantur salvis cæteris Juribus. & hæc exceptio satis colligitur ex lege 24. *C. fam. Ercisc.* ubi supponitur, fundi prælegati reliquas partes non hæreditarias, filio in quartam Trebellianicam non imputari. Est lex nonnihil obscura, & sic habet. [Filium, quem habentem fundum, portionem hæreditatis fratribus, & quibusdam aliis sub conditione verbis precatiis restituere sanxit testator, post ejus eventum, hæreditariâ parte prædii in quartæ ratione retentâ, compensato præterea quod à cohæredibus vice mutuâ accepit, & si quid deest in supplementum deducto, quod à cæteris in eo fundo solvitur, suprà quartam habens, reddere compellitur.]

DICENDUM nunc est 2. Fructus intermedio tempore, quod inter tempus mortis testatoris & restitutionis fideicommissi intercedit, percepti, computantur in quartam Trebellianicam, si alicui extraneo restituenda est hæreditas. Ità habentur in lege 8. §. 11. *ff. de inoff. test.* [Vnde si quis fuit institutus fortè ex semisse, cùm ei sextans ex substantia testatoris deberetur, & rogatus esset post certum temporis restituere hæreditatem; meritò dicendum est, nullum judicium movere, cùm debitam portionem & ejus fructus habere possit. Fructus enim NB. solere in Falcidiam imputari, non est incognitum: ergo & si ab initio ex semisse hæres institutus rogetur post decennium restituere hæreditatem, nihil habet quod queratur, quoniam facilè potest debitam portionem ejúsque fructus medio tempore cogere.]

403. DICENDUM 3. Si verò filius institutus gravatus sit restituere vel fratribus suis, vel filiis propriis, tunc ex speciali favore non computantur hujusmodi fructus in quartam Trebellianicam. Ità habetur in l. 6. C. de fideicom. jam alibi recitata. ibi. [Ut omnibus modis retentâ quartâ pro auctoritate Trebelliani S. C. non per imputationem fructuum, licèt hoc testator rogaverit, vel jusserit, sed de ipsis rebus hæreditariis dodrans restituatur.]

404. Jure Bavarico plus conceditur filio & filiæ hæredibus, ut nempe fructus illis non imputentur in quartam, cuicunque debeant restituere, nisi illi fructus, quos post expletam conditionem, & petitum fideicommissum perceperint, nempe postquam sunt in mora.

De Jure communi verò multi DD. putant, tunc solùm esse filium privilegiatum, quando filiis aut fratribus debet restituere. Et hoc colligunt ex illis verbis adjectis in l. 6. [Illud etiam admonemus ea quæ de Falcidiæ portione non per ceditus, sed per ipsas hæreditarias res retinenda diximus, non ulteriùs quàm in iis personis & casibus, quorum superiùs mentio facta est, oportet produci.] His tamen non attentis alii DD. quos sequitur Fachineus c. 10. lib. 5. putant constitutionem intelligendam de filiis, cuicunque tandem restituere debeant, & hoc ideo, ne extranei sint meliotis conditionis, quàm filii testatoris.

CONTROVERSIA VII.

Vtrum Trebellianica possit detrahi à Fideicommissario gravato restituere alteri Fideicommissario.

SUMMARIUM.

Detractâ Trebell. ab hærede, fideicommissarius non potest iterum detrahere. 405.
Imò etiamsi non detraxit, nisi voluerit erga solum primum liberalis esse. eod.
An debeat præsumi voluisse donare primo fideicommissario. 406. 407.
Quomodo intelligendum. Qui sciencer solvit indebitum, donare præsumitur. 408.

405. DICENDUM 1. Si hæres detraxit Trebellianicam, tunc Fideicommissarius non potest iterum detrahere quando ulteriori restituit. Imò etiamsi hæres eam non detraxit, non potest fideicommissarius eam deducere, nisi hæres omittendo detractionem voluisset erga solum primum fideicommissarium liberalis esse. Ità habetur *l. 1. §. 18. & 19. ff. ad Trebell.* ibi. *Nec tamen quartam Fideicommissario retinere permittitur. Inde Neratius scribit, si hæres rogatus restituere totam hæreditatem, non deductâ Falcidiâ* (ecce! iterum nomine Falcidiæ appellatur Trebellianica) *rogato & ipsi ut alii restituat, non utique debere eum detrahere fideicommissario secundo quartam, nisi liberalitatem tantùm ad priorem fideicommissarium hæres voluerit pertinere.*

Ratio est, quia tunc hæres censetur donare primo fideicommissario partem quartam, illique cedere Ius detrahendi.

406. Dubium est, an debeat præsumi voluisse donare primo fideicommissario, vel potiùs illi, cui ultimò restituendum est fideicommissum

missum, sine ulteriore onere restituendi. Primum illud affirmant Bartolus, & alii ejus sequaces, inter quos est uterque Molina. Et quidem, si primus fideicommissarius esset persona valde conjuncta hæredi, non item cæteri substituti, proculdubio posset tunc præsumi, voluisse specialem liberalitatē exercere erga personam conjunctam. Verùm, si hæc causa præsumendi non adest,

407. DICO 2. Præsumptionem Iuris esse potiùs quòd non voluerit primo donare, & per consequens primum quoque fideicommissarium debere restituere integrè secundo, & sic de cæteris, si plures sint substituti. Ratio est, quia videtur voluisse meliore modo satisfacere voluntati defuncti, qui utique voluit totum id restitui secundo, quod restitutum esset primo. Ità ex ipsâ sentiunt Jason, Cumanus, Paulus Castr. & alii, quos sequitur Fachineus *l. 5. c. 7.* Habetur autem satis clarè in lege 5. §. 15. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* [Si quis rogatus sit, præceptâ certâ quantitate uxori suæ hæreditatem restituere, & is sine deductione restituerit. Celsus scripsit, magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum, quàm donâsse videri. Et rectam rationem huic sententiæ Celsus adjecit, quòd plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quàm donant, nec de suo putant proficisci, quod de alieno pleniùs restituunt voluntatem defuncti secuti, nec immeritò sæpè credimus aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogâsse: quæ sententia habet rationem magis in eo, qui non erat, deductâ quartâ, restituere rogatus, & tamen integram fidem præstitit, omisso Senatûs-Consulti commodo.]

408. Objiciunt adversarii regulam Iuris. Qui scienter indebitum solvit, donare præsumitur *L. 1. ff. de condict. indeb. L. cujus per errorem. R. J.* Atqui talis solvit scienter indebitum, ut supponitur. Ergo censetur donare. Respondet Fachineus, tunc Regulam locum habere, quando nulla alia potest haberi conjectura: in hac autem specie adest alia conjectura, nempe quòd hæres totam restituens hæreditatem voluerit pleniore officio præstandæ fidei fungi. Etsi enim totam hæreditatem non teneatur restituere, ex quadam tamen obligatione naturali tenetur, quæ facit ut solutum non repetat. *L. 1. C. ad leg. Falc.* Hæc tamen responsio quoad ultimum non placet. si enim velit Fachineus, quartam restitui ex obligatione naturali justitiæ, falsum supponit, ut superiùs ex omnium sententia probatum est. alium autem obligationem naturalem non video. Neque hoc dicit lex 1. cit. quæ sic habet. *Scire debes, omissâ Falcidiâ, quo pleniorem fidem restituendæ portionis exhiberes, non videri, plus debito solutum esse.* Nempe quia scienter dedit, & ideo donavit. *u.* Ergo facilè concedendo totum. Sed non concedo, fuisse donatum primo fideicommissario, sed potiùs in favorem ultimi substituti fuisse totam hæreditatem restitutam, & hoc sensu Trebellianicam condonatam.

CONTROVERSIA VIII.

Vtrum Trebellianica deducenda sit ex tota hæreditate, seu cumulo omnium bonorum defuncti, vel solùm ex ea quantitate, quæ superest deductis Legatis.

SUMMARIUM.

Trebellianica deducenda est ex cumulo omnium bonorum. 409.
Solvuntur objectiones. 413. & *seqq.*

409. PRima sententia docet, quando fideicommissum est purum, sed legata nominatim ab hærede gravato relicta sunt, tunc non ex tota hæreditate, sed ex eo quod superest, legatis deductis, detrahendam esse. Ità sentit Cravetta *Cons. 16.* secutus Rotam Romanam quam citat *decisione* 870.

Secunda sententia est: quando hæres gravatus est restituere sub conditione de futuro, quartam detrahendam esse de solo fideicommisso; si verò purè, de cumulo omnium bonorum. Ità cum Bartolo idem Cravetta, & Cephalus *Conf 189. lib. 2. & Conf. 423. lib. 3.*

Tertia & verior sententia universim & absque distinctione docet, semper detrahendam esse ex cumulo omnium bonorum, & non ex eo solo quod remanet deductis legatis. Probatur, quia leges sine discrimine loquuntur, vel certè non se fundant in tali diverso modo gravandi, & ratio suadet universaliter. Imprimis ergo favet huic sententiæ lex 2. *ff. ad Trebell.* [Qui quadringenta reliquit, Titio trecenta legavit: hæredis fideicommisit, ut tibi hæreditatem restitueret: isque suspectam jussu prætoris adiit, & restituit. quærebatur, quid legatario dare debes. Dicendum est: quia præsumptum est, voluisse testatorem cum onere legatorum fideicommissum restitui, tota trecenta Titio dare debere: nam hæres hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat. & quòd hæres perfunctus omnibus hæreditariis muneribus (id est post legatorum dationem) reliquum habiturus foret, si non esset rogatus, & tibi restitueret hæreditatem, id tibi restituat: quantum ergo habeter? nempe centum: hæc ut tibi daret, rogatus est. Itaque sic NB. ineunda est legis Falcidiæ ratio, quasi hæres trecenta Titio dare damnatus, tibi centum dare damnatus sit: quo evenit: ut si hæreditatem sponte adiisset, dare Ti-

tio ducenta viginti quinque, tibi septuaginta quinque: non ergo plus Titio debetur, quàm si injussu prætoris adita hæreditas foret.]

Huc etiam facit *lex* 3. *eod.* princ. [Marcellus autem apud Julianum in hac specie ità scribit. Si ad hæredis onus esse testator legata diæerit, & hæres sponte adiit hæreditatem, ità debere computationem Falcidiæ initi, acsi quadringenta per fideicommissum essent relicta, trecenta verò legata: ut in septem partes trecenta dividantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius.] Ex his patet, quòd in casu quo quis habens in bonis 400. legat 300. & jubet restitui quadringenta, hæres habeat salva 100. & reliqua 300. dividantur in septem partes, quarum tres Legatarius, quatuor fideicommissarius habet. videatur glossa.

410. Idem in §. 2. habetur. [Si deductis legatis restituere quis hæreditatem rogatur, quæsitum est, utrum solida legata præstanda sint, & quartam ex solo fideicommisso detrahere possit: an verò & ex legatis, & ex fideicommisso quartam detrahere possit. Et refert (*Pomponius*) Aristonem respondisse, ex omnibus detrahendam, hoc est, ex legatis & ex fideicommisso.]

Huc itidem facit lex 27. §. 16. cod. ubi fideicommissum partim erat purum, partim conditionale, sive in diem, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommisso, quàm ex legatis. Verba sunt. [Hæres ex asse erat instituta consobrina mea, & ejus fideicommissum, ut partem dimidiam hæreditatis statim Publio Mævio restitueret, alteram partem cùm ipsa moreretur, eidem Publio Mævio. præterea alia aliis legata data sunt. Mævius partem dimidiam hæreditatis statim percepit, & cavit, quòd ampliùs quàm per legem Falcidiam liceret (*nomine Falcidiæ Trebellianica venit*) cæpisset, redditum iri; sed & cæteri legata solida acceperant; & similiter de restituendo, quod ampliùs percepissent, caverunt: mortuâ consobrinâ meâ Publius Mævius desiderat sibi alterâ partem hæreditatis cum fructibus restitui. Quæro itaque quantum ei restituere debeam. Utrùm quod supra quadrantem bonorum penes consobrinam remanserat, nec ampliùs quidquam, an & ab aliis quibus legata soluta sunt, repetere quid debeam, & quantum. Item quæro, si quod ab his ex stipulatione percepero, & quod apud consobrinam meam supra quadrantem remanserat, non efficiat partem dimidiam hæreditatis, an ex incremento & fructibus ejus summæ, quæ supra quadrantem bonorum penes consobrinam meam remansit, supplere ei debeam duntaxat, ne partem dimidiam hæreditatis quantitas quæ restitueretur, excedat. an verò sicut Publius Mævius desiderat, quidquid seposito quadrante bonorum ejus quadrantis fructibus perceptum est, restitui ei debet. Respondi. quod supra quadrantem penes consobrinam tuam remansit, si adjectis fructibus quantitatem partis dimidiæ hæreditatis, quæ mortis tempore fuit, non minuet, totum Publio Mævio restituendum. Nec ex stipulatione ab his, quibus legata soluta sunt, repeti quidquam potest. Si verò fructus quantitatem partis dimidiæ exuberant, quadranti tuo, & fructibus ejus accedet. Si verò fructus ejus partis quæ supra quadrantem apud consobrinam tuam remanserat, non impleat quantitatem dimidiæ bonorum, ex stipulatione agi poterit. In summa, ratio ità ponenda est, ut cùm omnimodo quadrantem excedit fructus: si in tantum excreverit, ut quantitatem dimidiæ partis bonorum excedat, etiam id quod excesserit retineas.]

Probatur nunc Conclusio triplici argumento, ex aliis legibus deducto. Primum. Legatorum onus non ad hæredem gravatum, sed ad fideicommissarium, restitutâ hæreditate spectat. Ergo quarta deducenda est tam ex hæreditate residua, quàm ex legatis, alioquin hæres per legata damnificaretur in quarta, quia hæc esset minor, si ex solis residuis deduci posset. Antecedens habetur in lege 1. §. fin. ff. h. t. *Idem Julianus scribit: si is qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legâsset, & deductis centum rogâsset hæredem, ut hæreditatem Sempronio restituat, debere dici deductis centum restitutâ hæreditate legatorum actionem in fideicommissarium dari.* Idem habetur *lege fin. C. eod.* ibi. *Sancimus itaque, totam quidem substantiam secundùm Senatus-Consulti Trebelliani auctoritatem restitui generali fideicommissario, illum autem speciali fideicommissario, id quod ei derelictum est, dependere.*

411. Secundùm argumentum. Favorabilior est causa hæredis, quàm causa legatarii quantùm ad detractionem quartæ: ergo excessus gravaminis per legata non debet inferre diminutionem quartæ: atqui inferret diminutionem, si legata priùs integrâ deducerentur, & ex solo residuo quarta deduceretur: ergo, &c. Antecedens probatur ex eo, quòd quando hæres tam legatis, quàm fideicommisso ultrà dodrantem gravatus est, duplici jure juvetur in acquirenda & retinenda quarta, nempe Falcidiâ & Trebellianicâ: ergo stat jus in tali casu pro hærede contra legatarium.

412. Tertium argumentum. Iura non permittunt, ut in potestate testatoris sit diminuere quartam hæredi à Iure datam: atqui esset in illius potestate, si posset legata pro libitu facere, & ea essent integrè præstanda, & posset insuper gravare fideicommisso: ergo legata non sunt aliter præstanda quàm salvâ quartâ, & perinde, acsi nullo legato relicto tota hæreditas restituenda esset. Nunc solvamus argumenta adversariorum.

413. Objiciunt ergo 1. Ponamus legata fuisse integrè soluta ante restitutionem hæreditatis:

tatis: in tali casu sequitur ex nostra sententia illam solutionem ex postfacto irritari: consequens est absurdum. ergo, &c. ℟. Negando sequelam. non enim irritatur illa solutio, sed fit diminutio per restitutionem partis ad complendam quartam necessariæ, de qua restituenda præstatur à legatariis cautio ut suprà dictum, & habetur *lege* 27. §. 16. *ff. ad Trebell.* quem textum paulò superiùs retuli. & *l.* 1. *ff. si cui plus quàm per legem Falc.* Princ, [Si cui plus quàm licuerit, legetur, & dubitari justè possit, utrum lex Falcidia locum habitura est, necne, subvenit Prætor hæredi, ut ei legatarius satisdet, ut, si apparuerit, eum ampliùs legatorum nomine cepisse, quàm è lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det, dolúsque malus ab eo abfuturus sit.] Idem habetur §. 7.

414. Objiciunt 2. ex lege *pen.* §. 1. *ff. ad Leg. Falcidiam*, ubi quarta detrahitur ex solo fideicommisso, non item ex legatis alimentorum. ℟. Negando suppositum, nempe, quòd alimenta fuerint legata; fuerant enim à testatore debita, & ideo integrè deducenda. Lex ità habet. [Filiæ quam mater rogaverat, si impubes decessisset, restituere hæreditatem Titio, patruus legitimus hæres exstitit: in ratione legis Falcidiæ ponendâ desiderat deduci sortes, ex quarum usuris alimenta impubes defuncta ex persona testatricis suæ NB. pluribus debita præstitit, quæsitum est, an si eas deduxerit, cavere debeat, &c.]

415. Objiciunt 3. Quando fideicommissum est conditionale, tunc, ut sciatur, quid & quantum hæredi debeatur pro sua quarta, exspectandum est tempus evenientis conditionis, non autem tempus mortis testatoris. ad quod probandum valde impertinenter adducunt regulam Juris, quâ dici solet: *Media tempora non nocere. l. 6. §. 2. ff. de hæredibus instit.* ℟. Negando assumptum, quia contrarium constitutum est apertis juribus, quæ jubent inspiciendum tempus mortis. §. 3. *Inst. de lege Falc. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur.*

416. Objiciunt 4. Trebellianicæ deductio consideratur ac inducitur à lege respectu bonorum, quæ ex fideicommisso sunt restituenda; ergo absurdum est dicere, Trebellianicam deduci ex legatis. Antecedens patet. Quia Trebellianica & Fideicommissum sunt correlativa, sicut Falcidia, & Legitum. ℟. Distinguo antecedens. Si deductio sit purè Trebellianica, concedo, si sit mixta ex Falcidia & Trebellianica, denominatur tamen in præsenti Trebellianica potiùs quàm Falcidia, nego antecedens. & similiter distinguo consequens. Est absurdum dicere Trebellianicam deduci unicè ex legatis concedo: ex fideicommisso unà cum legatis deduci Trebellianicam mixtam est absurdum, nego conseq.

CONTROVERSIA IX.

Vtrum Lex Falcidia, an Trebellianica locum habeat in Legato partis hæreditatis.

SUMMARIUM.

Vtilitas quæstionis proponitur. 417.
Fundamentum sententiæ affirmantis esse detrahendam Falcidiam. 418.
Fundamentum contrarium pro Trebellianica. eod.
Solutio hujus fundamenti. 419.
Auctoris sententia. 420.

417. Vtilitas hujus controversiæ (quam pauci attingunt) ex eo quod suprà diximus, colligitur, nempe quòd in Falcidiam non imputentur, nisi quæ hæres Iure hæreditario consequitur, in Trebellianicam verò, quæcunque alio jure acquiruntur ex patrimonio defuncti.

Porrò posse legari portionem hæreditatis habetur lege 22. §. *fin. ff. ad Trebell.* ibi. *Legari enim posse etiam portionem hæreditatis placet nobis.* Verum tamen est, quòd tale legatum habet potiùs naturam fideicommissi, quatenus onera hæreditaria pro parte transeunt in legatarium hæreditatis.

418. Hinc statim apparet ratio dubitandi in utramque partem. Quòd enim in tali casu sit potiùs locus Falcidiæ, videtur deduci ex eo, quòd in Legatis Falcidia locum habeat, & non Trebellianica. Et ex hoc fundamento ità sentiunt Cumanus, & Soncinus, quos refert, & sequitur Fachinens *lib.* 5. *c.* 11. Quòd autem potiùs Trebellianica locum habeat, videtur deduci ex eo, quòd talis legatarius sit potiùs nomine tenus, quàm propriè & formaliter legatarius; formaliter autem videatur esse fideicommissarius, quia onera ad ipsum transeunt restitutâ parte hæreditatis. *L.* 8. §. *fin. ff. de Legat.* 2. *Si cui certam partem hæreditatis legavero: Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur.* Et hanc sententiam tenet post alios Ferdin. Vasquius de success. Resol. *lib.* 2. §. 11.

Ad hoc fundamentum respondet Fachineus, non esse bonam consequentiam. Habet legatum naturam fideicommissi: ergo locus est Trebelliano. Nam legata & fideicommissa sunt exæquata. Sed hæc responsio mihi non placet. Si enim illa consequentia non est bona, quia legata & fideicommissa sunt exæquata, multò peior erit hæc consequentia. Legata & fideicommissa sunt exæquata: ergo in legato partis hæreditatis potiùs habet locum Falcidia, quam S. C. Trebell: potiùs inferendum esset: ergo non est major ratio pro uno, quàm altero, quod cùm sit incon-

inconveniens, valebit consequentia ad Trebellianum, si legatum habeat naturam fideicommissi. Adde falsum esse, quod fideicommissa universalia sint legatis exæquata, ut sup. dictum.

419. Meliùs fortasse aliquis responderet, hujusmodi legatum non habere naturam fideicommissi. nam quamvis hoc obscurè innuat textus allatus, in contrarium tamen est alius textus in lege 26. §. 2. *ff. de Leg.* 1. ubi dicitur, quòd in tali legato concedatur hæredi electio, an velit solvere lagatario ipsas partes, an æstimationem: ex quo infert glossa, quòd Trebelliano S. C. locus non sit, nam si huic locus esset, non daretur hæredi electio, sed res ipsæ restituendæ essent. Deinde subjungit glossa, & quærit. *Sed nonne pro parte uterque sentit onera?* ℞. *Non, imo hæres tantùm, & præstatur legatario pars eorum quæ supersunt deducto ære alieno.*

420. Ego, salvo meliore judicio, distinguerem. Nam si de mente testatoris constaret, quòd partem hæreditatis ità designâsset, ut vellet sine onere ad legatarium pervenire, tunc dicerem locum esse Falcidiæ: sin minùs, Trebelliano S. C. & ideo posteriorem sententiam putem sæpiùs obtenturam.

Ad fundamentū primæ sententiæ respondere posset, quòd quando dicitur, posse partem hæreditatis legari, non sit sensus, quòd talis dispositio habeat strictè vim, & naturam legati, sed, quòd illius valori non obstet, fuisse relictam partem nomine legati potiùs, quàm fideicommissi.

Denique, cùm in tali casu hæres non sustineat omnia onera hæreditatis, æquum est, ut etiam ea, quæ non accipit Iure hæreditario, imputet in quartam; & sic observabitur S. C. Trebellianum.

(I. H. S.)

CAPUT V.

DE MORTIS CAUSA DONATIONE.

De hac tractant multi, quando agunt de Contractu Donationis. Verùm, quia Interpretum judicio Donatio mortis causâ non est propriè Donatio, & plus participat de Vltimis Voluntatibus, quàm de Contractibus inter vivos, ideo placuit eàm hoc loco expedire.

CONTROVERSIA I.

Quid sit, & quibus Modis fiat Donatio Mortis causâ.

SVMMARIVM.

421. Marcianus *L.* 1. *ff. h. t.* definit hoc modo. *Mortis causâ donatio est, cùm quis habere se vult, quàm eum cui donat, magisque eum cui donat, quàm hæredem suum.* Clariùs definitur §. 1. *Inst. de Donat.* [Mortis causâ donatio est, quæ propter mortis suspicionem fit, cùm quis ità donat, ut si quid humanitùs ei contigisset, haberet is qui accepit, sin autem supervixisset, is qui donavit, reciperet: vel si eum donationis pœnituisset: aut prior decesserit, cui donatum est.] In qua definitione tacitè supponitur, quòd res donata tradatur ante mortem donantis, sed revocabilitet, quod non est necesse, ut dicetur.

Has definitiones aliis verbis (nescio an emendandi animo) proferunt Interpretes & JCti. Hunnius sic. *Mortis causâ Donatio illa dicitur, qua quis intuitu & contemplatione mortis quippiam donat.* Cujus definitionis si verborum cortex attenderetur, nihil esset facilius, quàm eam impugnare, sed non est operæ pretium. Joannes Harppreche sic emendat. *Mortis causâ donatio est, qua quis mortis suæ metu in alterum præsentem rem aliquam vitè eo animo confert, ut morte secutâ ejus fiat.* Sed neque hæc immunis exiret, si inutilibus altercationibus agendum esset. Pace Jure-Consultorum, si ad leges Logicas, requirentes convertibilitatem definitionis cum definito, examinanda sit, & concinnanda definitio,

P. Molina eam pluribus quidem, sed opportunis verbis definit hoc modo. [Donatio causâ mortis est, quando gratis aliquid traditur, aut promittitur, ut morte donantis absolutè, aut eâ

solâ morte quæ de proximo quando donatio fit, timetur, secuiâ ante donatarii mortem, res irrevocabiliter donatarii fiat, cum deambulatoria donantis usque ad ipsius mortem facultate revocandi omnino eandem donationem.]

Breviùs posset definiri: [Conventio, quâ quis rem mortis intuitu donat, quam se magis, quàm donatarium, hunc verò potiùs quàm hæredem habere mavult.] Vult itaque Donans rem fieri donatarii irrevocabiliter post suam mortem, sed tamen cum voluntate deambulatoria donantis, ità ut ante mortem possit donationem pro libitu (per se loquendo) non minùs quàm alias ultimas voluntates revocare, quo sensu dicitur malle rem suam esse, quàm donatarii, donatarii verò quàm hæredis. Quare in definitione posuerim vocem: *Conventio*: patebit ex dicendis.

422. Tres hujus Donationis species recensentur in lege 2. *ff. h. t.* ex sensu Juliani his verbis: una, cum quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed solâ cogitatione mortalitatis donat. Alia, cùm quis imminente periculo commotus, ità donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus est, si quis periculo motus, non sic dat, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cùm mors fuerit subsecuta. Verùm, hanc divisionem non esse accuratam, patebit ex dicendis. Nam secunda species non est propriè donatio mortis causâ, ut in præsenti sumitur; nam per hanc nunquam transfertur (per se & vi donationis præcisè) dominium irrevocabiliter ante mortem donantis, de qua tamen translatione debet loqui in illa specie Julianus, alioquin ea non differret à tertia, in qua etiam transfertur revocabiliter, ut paulò pòst explicabitur.

423. Duæ ergo solummodo, in rigore loquendo sunt species hujus Donationis, seu meliùs: dupliciter potest quis intuitu mortis donare: ità ut etiamsi tradat rem donatam, dominium tamen non transferat irrevocabiliter. Primò, quando nullo præsentis periculi metu, sed solâ mortis futuræ memoriâ ductus donat. Secundò, quando præsenti periculo motus donat. Est autem inter utramque hoc notabile discrimen. Si donatio fiat in periculo vitæ, transacto periculo exspirat donatio ipso jure, absque ulla alia revocatione, quia censetur sub conditione mortis securæ donatum fuisse, ut colligitur ex verbis §. Institutionum paulò antè relatis, & ex *lege 12. ff. de condict. causâ datâ ca. non sec. Cùm quis mortis causâ donationem, cùm convaluisset donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod adcrevit rei donatæ, repetere potest.* At verò extra præsens periculum facta donatio non exspirat, nisi revocetur. Quia tunc non est assignabilis conditio sub qua ante mortem eventura facta sit donatio.

424. Quemadmodum aliæ Donationes, ità & hæc potest incipere vel à Traditione, vel à Promissione. Quando res donata traditur donatario ante mortem donantis, per illam traditionem acquirit donatarius rei donatæ dominium, sed revocabile toto vitæ donantis tempore, *l. 29. ff. h. t.* ibi. [Si verò sic, ut jam nunc haberet: redderet, si convaluisset, vel de prælio, vel peregrè rediisset; potest defendere, in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem NB. ei cui donatum est: competet in rem actio.] Hoc tamen verum est, nisi donator expresè diceret, se primùm velle dominium esse penes donatarium post suam mortem, ut habetur eâdem lege. pr. ibi. [Et si quidem quis sic donavit, ut si mors contigisset, tunc haberet cui donatum est, sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est.]

Quando verò donatio incipit à promissione, tunc quamdiu traditio non accedit, dominium ne quidem revocabile transfertur in donatarium: nam hoc est generale omni donationi. Hinc autem

425. QUÆRITUR 1. An debeat intervenire stipulatio, vel possit fieri nudo pacto: & an requiratur utriusque præsentia, vel possit fieri absenti. Ratio dubitandi est, quia in lege 38. requiritur utriusque præsentia. ibi. *Nam mortis causâ donatur, quò præsens præsenti dat.* Nihilominus respondetur ex communi DD. sententia, posse donationem hanc fieri nudo pacto, sicut hodierno jure fieri possunt aliæ donationes, adeoque etiam absenti, per epistolam aut nuntium, eámque valere, quamprimum alter acceptaverit, sive per se, sive per alium à Iure ad hoc admissum, sive tacitè sive expresè; prout explicabitur *in tract. de Donatione. to. 3.*

Ad legem 38. respondet Hotomannus, nec improbat Hunnius, lectionem esse mendosam, & legendum esse: *quod præsens datur*: vel: *quod in præsenti datur.* ità ut vox *præsens.* non ad personam, sed ad tempus referatur. Verùm, hac correctione non videtur opus. Nam alii ut Ant. Gomez, Covarruvias, Julius Clarus, quos refert & sequitur P. Molina, docent, antiquo jure fuisse opus stipulatione, sed hoc jure novo esse sublatum. Hinc

426. QUÆRITUR 2. An de natura hujus donationis sit, ut interveniat acceptatio ante mortem donantis. ℟. Affirmativè. Nam acceptatione non interveniente non habet rationem donationis mortis causâ, sed rationem legati, vel fideicommissi particularis, & per consequens non valeret, si facta esset ab aliquo (v. g. à filiofam.) qui quidem donare posset causâ mortis, sed non posset facere testamentum, adeoque nec legare, aut fideicommittere. *l. 75. ff. de legat. 2.* [Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit,

davit, talem scripsit. Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos. fideicommissum deberi sorori constitit: nec aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate: placet enim consistere fideicommissum, acsi defunctus cum eo loquatur, quem precariò remuneratur.] Et *lege 77. §. 26. eod.* [Donationis prædiorum epistolam ignorante filio mater in æde sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit, & litteras tales ad æditumm misit. Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo. cum pluribus hæredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio relictum respondi: non enim quæri oportet, cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.]

427. Donatio causâ mortis ultimò completur & absolvitur quoad effectum dominii irrevocabilis, per ipsam mortem donantis. *l. 32. ff. h. t. Non videtur perfecta donatio mortis causâ facta, antequam mors insequatur.* Quâ occasione veniunt explicanda illa verba, quæ in definitione sua ponit P. Molina: *morte absolutè, aut eâ solâ morte quæ de proximo timetur.* Sciendum est enim, donationem mortis causâ posse fieri duplici tempore. primò, quando quis non est constitutus in periculo mortis, vult tamen donare alteri, non quidem inter vivos statim transferendo dominium irrevocabile, sed donatione mortis causâ, hoc est intuitu mortis tanquam motivi & ultimi complementi in ordine ad transferendum dominium irrevocabile. Hoc casu completur donatio (nisi revocetur) morte subsequente, quandocunque, & ea quocunque casu ea sequatur: quia non censetur donatio ulli certo generi mortis alligata, sed morti indefinitè. Quamvis posset donans etiam in periculo mortis constitutus velle ità absolutè donare, significando, se non alligare donationem morti, si ea præsenti periculo sequatur.

Secundò, potest donatio alligari præsenti periculo, à quo quis movetur ad donandum, non donaturus, si periculum abesset: talis sanè censetur & præsumitur suam donationem alligare morti conditionatæ, si ea hoc periculo sequatur. Vnde consequens est, quòd si periculum evaderet, donatio penitus exspiraret: &, si quidem res donata jam tradita esset, restituenda esset. Vtrumque genus donationis habetur in variis legibus. L. 2. jam suprà recitatâ. & l. 3. 4. §. 6. ubi sic habetur. [Mortis causâ donare licet non tantùm infirmæ valetudinis, sed periculi etiam propinquæ mortis, vel ab hoste, vel à prædonibus, vel ab hominis prudentis crudelitate, aut odio, aut navigationis ineundæ. Aut per insidiosa loca iturus. aut ætate fessus. Hæc enim omnia instans periculum demonstrant.] & l. 35. §. 4. eod. [Mortis causâ donatio fit multis modis. aliàs extra suspicionem ullius periculi (*Ecce primum genus*) à sano & in bona valetudine posito, & cui ea humana sorte mortis cogitatio est. Aliàs ea metu mortis, aut ea præsenti periculo, aut ea futuro, si quidem terrâ marique, tam in pace, quàm in bello, & tam domi, quàm militiæ multis generibus mortis periculum metui potest.]

428. Necesse est ergo, ut donatio sit mortis causâ, mortis intuitu ità fieri, ut per mortem primùm fiat irrevocabilis. Vnde non esset donatio mortis causâ, sed potiùs in diem, si tempus mortis adjiceretur executionis, & præstationis designandæ causâ, quia verba præstationi sive executioni adjecta, non faciunt actum conditionalem, ut alibi dicetur, & habetur lege 5. *C. quando dies legati cedat.* ibi. *Non conditio fideicommisso inserta, sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videtur.*

CONTROVERSIA II.

Quibus modis Donatio causâ mortis resolvatur, aut revocetur.

S U M M A R I U M.

Quomodo revocetur Iure. 429. *& seqq.*
Si donans & donatarius simul moriantur, quis præsumatur prius mortuus. 432.
Quomodo revocetur Voluntate. 433.
Si donator nullum habeat hæredem, an sufficiat pœnitentia ad revocandam donationem. 434. *& seqq.*
Quomodo fiat tacita revocatio. 437. 438.
An, si præter spem nascantur liberi. 439.
Quibus actionibus repetatur. 440. 441.

Dupliciter resolvitur, aut revocatur Donatio mortis causâ: ipso Iure, & Voluntate Donatoris.

429. Iure revocatur 1. Quando cessat periculum cujus occasione & conditione (ut paulò antè explicatum est) donatio facta est. Neque requiritur aliqua voluntas declaratoria, quâ donator declaret, se velle donationem revocatam, eò quòd convaluerit, vel periculum evaserit: quidquid dixerit Treutlerus & VVesenbecius. Ratio est: quia quando deficit conditio, cui est alligata intentio, nullum habet effectum intentio, quia non transit ea conditionata in absolutam: ergo donatarius tenebitur in conscientia reddere, si rem donatam accepit, etiamsi à donatore, aut ejus hæredibus non moneatur, quia reverà possidet rem alienam, dominio scilicet ipso Iure revocato.

430. Objiciunt. Mutatio voluntatis non præsumitur: ergo debet constare revocatio per declarationem. R. Antecedens esse verissimum, sed nihil ad rem, & ideo negatur consequentia.

Non

Non enim dicimus mutari voluntatem per reconvalescentiam, sed quòd voluntas conditionata maneat conditionata, nec transeat in absolutam, & ideo non est efficax ad transferendum irrevocabile dominium.

431. Secundò, revocatur ipso Iure, si donatarius moriatur ante donatorem. Ratio est, quia dominium irrevocabile transfertur post mortem donantis. atqui in non existentem non potest transferri dominium: & habetur lege 29. *in fine ff. h. t. Sed & si morte præventus sit is cui donatum est, adhuc quis dabit in rem actionem donatori. Et §. 1. l. h. t.* ibi. *Aut prior decesserit, cui donatum est.* ob hanc causam in definitione positum est: *morte secutâ ante donatarii mortem.* Et ideo si tradita fuisset, poterit vindicari à quocunque detentore.

432. QUÆRES, quid Iuris sit, si ambo simul pereant, v.g. eodem naufragio; quandoquidem moraliter non est possibile, eodem instanti utrumque mori: quisnam præsumetur priùs mortuus? Respondent Juristæ, ut Harpprecht, & alii apud eund. n. 70. præsumi priùs mortuum donatorem. *arg. legis 26. ff. h. t.* Sed ego non video, quo argumento possit hoc ex ista lege deduci, cùm expressè contrarium dicatur. *Si qui invicem sibi mortis causâ donaverunt, pariter decesserunt, neutrius hæres repetet: quia neuter alteri supervixit.* Ex qua lege potiùs inferri posse videtur, quòd donatarius fiat irrevocabiliter Dominus in ultimo instanti vitæ donatoris, si in illo instanti donatio non revocetur: alioquin impossibile esset, in casu posito utrumque fieri irrevocabiliter Dominum. Vnde ulteriùs sequitur, ad irrevocabilitatem non requiri, ut donatarius supervixerit, sed satis esse, si non fuerit mortuus ante donatorem, prout etiam leges loquuntur.

Tertiò, resolvitur hæc donatio ipso Iure, si donator pœnâ capitis afficiatur. *L. 7. ff. h. t. Si aliquis mortis causâ donaverit, & pœnâ fuerit capitis affectus, removetur donatio, ut imperfecta, quamvis cæteræ donationes sine suspicione pœnæ factæ valeant.* Ex quibus ultimis verbis colligi videtur, quòd hoc solùm procedat de donatione facta ab eo, qui proximè pœnam suspicabatur.

433. Voluntate donatoris revocatur donatio, si donatorem factæ donationis pœniteat. *L. 3. ff. h. t. Qui mortis causâ donavit, ipse ex pœnitentia condictionem, vel utilem actionem habet.*

Potest autem hæc pœnitentia, vel esse expressa, vel tacita. Expressa est, si donator apertè significet, se factam donationem revocare, & nolle ut ea subsistat. Quot autem testes requirantur, ut hæc voluntas ab hærede probetur, idem dicendum est, quod de revocatione Legatorum.

434. QUÆRITUR: Si donator nullum habeat hæredem, an pœnitentia sufficiat ad revocandam donationem. Negant multi, quos refert & sequitur Grassius §. *Donatio mortis causâ. q. 21. n. 3. & Harpprecht n. 73.* Sed contrarium est mihi certissimum, saltèm loquendo in foro conscientiæ. Et hanc tenent Corneus & alii *apud eund. Grassum*, & iterum alii, quos sequitur Fachineus *lib. 5. c. 63.* Ratio est, quia dominium nunquam fuit irrevocabiliter translatum: ergo revocando potest constitui in eo statu, in quo esset, si nulla unquam donatio facta esset, quandoquidem nullo Iure contrarium probatur.

435. Objiciunt 1. Legem 1. *ff. qui sine manumiss. ad libert. perveniunt.* Verùm, in illa lege nec apex est de donatione mortis causâ, sed de venditione servi sub conditione, ut manumittatur, & in favorem libertatis pronuntiatur hoc modo. [Si servus venditus est, ut intra certum tempus manumittatur, etiamsi sine hærede discessisset, & venditor, & emptor, servo libertas competit, & hoc D. Marcus rescripsit. Sed etsi mutaverit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.]

436. Objiciunt 2. Licèt hoc casu ipso Iure dicatur revocata donatio: tamen cùm nullus sit, qui dictam revocationem objiciat, in effectu pro non revocata haberi debet, & per consequens firma manere, quia paria sunt, aliquid valere, vel, nullum esse, sed de nullitate dici non posse. Hoc argumentum valde frivolum esse judico. & videtur involvere pugnantia, dum ex eo quòd talis donatio nulla quidem sit, sed non possit nullitas objici, infert valere. Quomodo enim valet, si nulla est? Sicut ergo Matrimonium contractum cum impedimento dirimente nullum simpliciter est, & non convalescit ex eo quòd nemo fortè illud impedimentum sciat, adeoq; nemo illud objicere possit: tenentúrque contrahentes conscii sponte ab invicem discedere, ità donatio causâ mortis facta, & revocata, nulla est, tenetúrque donatarius restituere si sciat revocationem, etiamsi nemo sit qui nullitatem objicere possit, quia fortè nemo scit factam revocationem. Quodsi de revocatione constet, tunc etiamsi nullus hæres eam objiciet, Fiscus eam objiciet, qui non succedit ut hæres, ut suo loco dictum.

437. Revocatio tacita hujus donationis fit, sicut suprà de tacita revocatione legatorum dixi; nempe duobus modis. Primus, si donator, rem donatam in specie, nullâ urgente necessitate, voluntariè alienaverit. Dixi: *Si rem donatam in specie.* Nam si omnia sua bona generalibus solummodo terminis alienaret, v.g. scribendo aliquem hæredem, non per hoc erit revocata donatio; quin potiùs virtute institutionis censetur voluisse hæredem obligare ad præstandam donationem, sicut ad præstanda legata.

438. Secundus modus tacitè revocandi est, seu potiùs causa, & signum tacitæ, ac præsumptæ revocationis, superveniens inimicitia inter donatorem & donatarium: sic enim diximus censeri revocata legata: atqui non est ratio ità præsu-

mendi de Legatis, & non de Donatione causâ mortis ad exemplum legatorum redacta. Et perinde est, etiamsi culpâ donatoris supervenerit, ut tradit Menochius *lib. 3. præsumpt. 37. n. 21.* Nam talis culpa non impedit voluntatem revocandi, quia odium impellit ad revocationem, undecunque ortum suum habuerit: neque exstat aliqua lex, quæ in pœnam tollat potestatem revocandi: alioquin dicendum esset, quòd ne quidem expressè revocare posset.

439. Dubium est, an tacitè censeatur revocata donatio causâ mortis, si præter spem donatori nascantur liberi. Negant plures, quos refert & sequitur Tiraquellus *in L. si unquam. in verb. donatione largitus. n. 246. & seqq.* Mihi tamen cum aliis dicendum videtur, eam non minùs revocari, quàm donationem inter vivos, de qua omnes concedunt, & tomo seq. tradetur.

Probatur 1. Quia lex generaliter loquens generaliter intelligenda est, exceptis specialibus privilegiis, quibus non derogat, nisi mentionem faciat, ut dictum tr. de Legibus to. 1. atqui donatio causâ mortis non est speciali lege excepta à regula generali, quæ traditur in lege 8. *C. de revocanda donatione.* Ergo idem de ea dicendum est.

Probatur 2. Quia donatio mortis causâ faciliùs revocatur, quàm donatio inter vivos, cùm non transtulerit dominium irrevocabiliter sicut donatio inter vivos. Ergo in casu supervenientium liberorum major est ratio, vel certè non minor, præsumendi, quòd fuerit Donatio conditionata: *Nisi liberi supervenerint:* quàm id præsumendi de donatione inter vivos: ergo ità præsumendum est. Vnde apparet, hanc non esse revocationem propriè dictam, sed potiùs ex defectu conditionis tacitè subintellectæ, col'igitur, donationem non habere effectum. Hinc verò ulteriùs infero contra Harppreche n. 82. quòd etiamsi pater in vivis non revocaverit, posset à filijs revocari, sicut suprà diximus, quando donatio resolvitur per convalescentiam.

440. QUÆRES, quænam actiones competant Donatori, ad repetendam rem mortis causâ donatã, sed necdum morte irrevocabiliter alienatam. ℞. Duas actiones competere. Imprimis competit Condictio causâ dati causâ non secutâ. *l. 23. ff. h. t.* ibi. *Morte filii condictionem competere.* Non solùm autem res donata, sed etiam fructus interim percepti, saltèm extantes, & in quibus donatarius est factus locupletior, condicuntur, ut habetur in *l. 12. ff. de condict. ca. da. Cùm quis mortis causâ donationem, tùm convaluisset donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum & partus, & quod accrevit rei donatæ, repetere potest.* Dixi *saltèm*, &c. Nam P. Molina n. 13. putat, quòd etiam consumptos, quamvis non locupletior sit factus, debeat restituere: dicit enim: *sibi imputet donatarius si quos consumpsit.* & rationem dat. quoniam tam res ipsa, quàm fructus illius data sunt sub conditione: si donantis morte donatio confirmetur. Ego tamen credo, donatarium posse præsumere de voluntate donantis, quòd fructus consumptos, si inde locupletior factus non sit, velit absolutè donatos, ne ex donatione damnum patiatur, quale pateretur, si tales fructus restituendi essent. Illud certius est, quod addit Molina, quòd si donator verbis aliquibus indicâsset, mentem suam non esse repetere fructus perceptos, tunc satis foret restituere rem cum fructibus pendentibus: v. g. si donator dixisset: *utere in tuam sustentationem tali prædio meo, illudque tibi post mortem meam dono.*

441. Altera actio est Rei Vindicatio, seu in rem actio, quæ datur donatori ad rem donatam revocandam. Ratio est, quia sive ex defectu conditionis, sive per revocationem resolvatur donatio, & etiamsi donatarius habuerit dominium, quia tamen illud fuit revocabile, hoc ipso fuit dependens à negatione revocationis: ergo sublatâ negatione revocationis (quod fit per ipsam revocationem) evanescit dominium apud donatarium, & est plenissimè apud donatorem. Hinc licèt Ant. Perez & quidam alii, velint competere solummodo utilem in rem actionem, magis tamen assentior Hunnio, asserenti, quòd detur etiam directa.

CONTROVERSIA III.

Vtrum Donator possit Donationem mortis causâ facere irrevocabilem.

SUMMARIUM.

AN Donator possit donationem reddere irrevocabilem. 442.

An adjecta clausula: quòd nunquam revocari debeat: *degeneret in donationem inter vivos.* 443.

Conciliantur sententiæ oppositæ. 445. 446.

Quidsi adhibeantur solennitates requisitæ ad donationem inter vivos. 447.

442. QUÆRITUR, an Donator possit donatione vel ex parte, vel ex toto facere irrevocabilẽ. Posse saltèm ex parte reddere irrevocabilem, ità tamen, ut ex aliquo saltèm capite revocabilis esset, adeoque ut sic maneret donatio mortis causâ, certum est, & habetur l. 35. §. 4. ff. h. t. ibi. *Et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quàm si prior ille qui accepit, decesserit.* Sed difficultatem ingerit, quod ibi sequitur, & paulò pòst referetur. Itaque

443. Controversum valde est, an si donationi factæ mortis causâ, adjiciatur, *quòd nunquam revocari debeat*, degeneret in donationem

inter

inter vivos, adeoque nec gaudeat juribus donationis mortis causâ, nec requirat hujus solennitates. Magnus est in hoc puncto Doctorum conflictus, propter leges in speciem sibi valdè contrarias, & quidem in eodem titulo positas, nos autem & illas, & AA. inter se conciliare conabimur.

Prima ergo sententia est, quòd denegeret in Donationem inter vivos. Fundat se in lege 27. *ff. h. t.* [Ubi ità donatur mortis causâ, ut nullo casu revocetur, causa donandi magìs est, quàm mortis causâ donatio; & ideo perinde haberi debet, atque alia quævis inter vivos donatio; ideoque inter viros & uxores non valet, & ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causâ donatione.]

444. Ad hunc textum respondet Hunnius, quoad essentiam & substantiam manere quidem donationem mortis causâ, quoad effectus autem magìs esse donationem inter vivos. Hæc tamen responsio præter verba, nihil in se continet, quod serviat ad resolutionem quæstionis. Nam, (ut taceam, rei essentiam & substantiam ex effectibus colligendam & metiendam esse, & quæstionum practicarum resolutiones esse maximè effectibus accommodandas) ex ipso textu colligitur contraria mens Iurisconsulti Marciani, qui ex ipsa natura & substantia talis donationis infert, & colligit per consequentiam, ei donationis mortis causâ effectus aut prærogativas non competere.

Æquè inconveniens est altera ejusdem Hunnii responsio, illam legem Digestorum esse correctam per Novellam 87. statim referendam. Nam in dicta Novella expressè protestatur Justinianus, se nihil novi statuere, sed quæ circa donationem causâ mortis, jam priùs statuta erant, declarare.

Secunda ergo sententia est, quòd maneat donatio mortis causâ. Fundatur imprimis in *l.* 13. § 1. *in fine ff. eod. Sic quoque potest donari mortis causâ, ut nullo casu sit ejus repetitio, id est, ne si convaluerit quidem donator.* & *l.* 35. §. 4. *eod. inf.* eadem verba habentur.

445. Salvo aliorum judicio, videntur hæc omnia conciliari posse, si distinguamus duplicem modum, quo Irrevocabilitas donationi potest à donatore annecti. Primò quidem, potest Donator per pactum quasi reflexum, & ab ipsa donatione distinctum, se obligare velle ad non revocandum; quam obligationem posset etiam firmare juramento, prout suprà de testamentis non revocandis dictum est. Hoc casu omnino censeo, manere donationem mortis causâ, ejúsque effectus sortiri. Ratio est, quia non obstante tali obligatione & promissione adjectâ, adhuc si donans contraveniret, & donationem revocaret, revocatio valeret, esto peccaret: sicut qui in sponsalibus jurat, se non ducturum aliam: si tamen aliam actu ducat, valet matrimonium: tenetur tamen priori sponsæ ad interesse: & eodem modo donator donatario.

446. Secundò, potest ipsa donatio sic concipi, ut donator dicat, se ità donare, ut velit omnem revocationem esse nullam, & nullam sibi repetitionem competere: Et hoc modo censeo fore donationem inter vivos, esto mors fuerit causa donandi, ut dicitur in lege 27. citata. Et ità reipsâ sentit major DD. pars post glossam Accursii, quam sequuntur plures quos refert & sequitur Menochius, *lib.* 3. *de præsumpt.* 35. *n.* 21. Fachineus *lib.* 5. *c.* 23. Bacchovius *in Treutl. vol.* 2. *d.* 19. *th.* 4. *litt.* A. Gomez, Covarruv. uterque Molina, Ferdinandus à Castro Palao, Zæsius h. t. *n.* 11. Antonius Perez *eod. tit. Cod. n.* 14. Hi, inquam, docent, illam donationem vocari quidem *causâ mortis*, reverà autem & substantialiter talem non esse, eò quòd mors sit potiùs causa impulsiva, quàm finalis.

447. Aliqui tamen ex relatis DD. advertunt, quòd si talis donatio fieret adhibitis solennitatibus specialiter requisitis ad donationem causâ mortis, quòd, inquam, tunc maneret donatio causâ mortis, & esset revocabilis, quantumvis donator conaretur reddere irrevocabilem, quia voluntas donantis non potest substantiam mutare. Quoad Novellam 87. c. 1. post medium ubi dicitur, quòd donator possit donationi mortis causâ, [Conditiones imponere, & NB. renuntiare (*si quidem hoc voluerint*) pœnitudini concessæ circa pactionis revocationem: manere quippe oportet rem etiam sic in mortis causâ donationis conditionibus (*hoc enim insuper sancimus*) & tales donationes firmas esse & stabiles; quod quidem non nunc primùm lege statuimus, sed jam lege statutum, & nunc per nostram interpretamur & corroboramus vocem in omnibus aliis personis, &c.] Censeo dicendum, Novellam hanc loqui de donationibus habentibus annexum pactum reflexum de non revocando; adeoque de donationibus mortis causâ non degenerantibus in donationes inter vivos; vel certè, loqui de irrevocabilitate inadæquata, ut à principio dictum est.

CONTROVERSIA IV.

Quousque Donatio mortis causâ conveniat cum Contractibus, & quousque cum cæteris ultimis Voluntatibus.

SUMMARIUM.

AN Donatio mortis causâ annumeranda sit ultimis voluntatibus, an Contractibus. 448.
Quomodo conveniat cum Legatis. 449.
In quibus differat ab ultimis voluntatibus. 450.
Si dubium sit, qualis fuerit donatio, nullâ factâ mortis mentione, quid præsumendum. 451
De Solennitatibus hujus donationis. Remissivè. eod.

448. ALiis terminis quæstionem hanc proponunt Juristæ, utrum Donatio mortis causâ Contractibus, vel ultimis Voluntatibus accenseri debeat. Solent autem communiter respondere: si donatio causâ mortis spectetur quoad sui initium, ordinationem, seu productionem, plus accedere ad Contractus, quàm ad ultimas Voluntates. Si verò quoad effectum, & stabilitatem, ità ut ampliùs revocari non possit, accedere magis ad ultimas Voluntates, quàm ad Contractus. Hinc ulteriùs inferunt, quoad sui initium & productionem judicandum esse de donatione mortis causâ, sicut de aliis Contractibus, & secundùm leges Contractuum, quoad effectum verò & stabilitatem juxta leges ultimarum Voluntatum, ubi tamen quoad utrumque peculiare aliquid circa eam non fuerit statutum in Iure. hujusmodi est, quòd requirantur quinque testes: quòd non egeat insinuatione, quando excedit summam quingentorum solidorum. *L. ult. C. h. t.* quæ mox refertur.

449. Imprimis ergo cum legatis adeo multùm convenit donatio causâ mortis, ut dicatur illis ferè quoad omnia exæquata. §. 1. *Inst. de donat.* Convenit ergo 1. quòd sit revocabilis. 2. quòd requirantur ad ejus valorem quinque testes, sicut in codicillis. *lege fin. C. h. t.* ibi. *sed ità res procedat, ut si quinque testibus præsentibus, vel in scriptis, vel sine litterarum suppositione, aliquis voluerit mortis causâ donationem facere, &c.* 3. Quòd non requiratur insinuatio. *l. fin. C. h. t.* ibi. {Neque propter hoc, quòd gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, & omnes effectus sortiatur, quos ultimæ habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur.] 4. Habet in ea locum Falcidia, ut præced. cap. probatum est. 5. In ea habet locum Ius accrescendi, quando habet locum in legatis factis duobus simul, (de quo pluribus actum est suprà: *de Legatis.*) ut haberur in *l. unica C. de caduc. tollend.* §. 14. *Hæc autem omnia locum habere censemus* (egerat priùs de jure accrescendi) *in omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit relictum, nec non in mortis causâ donationibus.* 6. Sicut in legatis ità & in donatione mortis causâ, conditiones turpes & impossibiles habentur pro non adjectis. De quo puncto etiam præced. tract. actum est. 7. In donatione causâ mortis attenditur capacitas donatarii tempore mortis donatoris, & etiam habilitas donantis tempore mortis, & non tempore donationis. *l. 22. ff. h. t. In mortis causâ donationibus, non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit.* 8. Sicut dominium legati absque alia traditione transit in legatarium à morte testatoris, sic etiam dominium rei donatæ causâ mortis. *l. 2. ff. de Public. in rem act. Vel mortis causâ donationes factæ: nam amissâ possessione competit Publiciana, quia NB. ad exemplum legatorum capiuntur.* Unde etiam competit hæredi Interdictum *quorum legatorum* ut recipiat rem donatam, indeque Falcidiam detrahat. 9. In solennitatibus convenit cum Codicillis.

450. Differt tamen etiam hæc donatio in quibusdam ab ultimis voluntatibus. Primò. Donatio causâ mortis confirmatur morte donantis independenter ab aditione hæreditatis, (cùm secùs sit in legatis.) dummodo priùs fuerit acceptata. *l. 5. §. 17. ff. de his quæ ut indignis. Qui mortis causâ donationem accepit à testatore, non est similis in hac causa legatario.* 2. Ad hanc donationem requiritur acceptatio ante mortem donatoris. ut suprà dictum est. & in hoc assimilatur contractibus. 3. Donatio mortis causâ potest in alterius voluntatem conferri, sicut alii contractus. 4. Filiusfamilias potest de consensu patris donare mortis causâ, quamvis non possit testari, ut suo loco dictum. *lege 25. §. 1. ff. h. t. Filius familias qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causâ donare patre permittente potest.* Aliæ convenientiæ vel disconvenientiæ sunt minoris momenti, & ex alibi dictis deducuntur.

451. Denique addendum est ex communi DD. quòd quando dubium est, an donatio fuerit inter vivos, an causâ mortis, si nulla facta sit mentio mortis, præsumatur fuisse donatio inter vivos; quia Donatio inter vivos est propriè dicta donatio. verba autem accipiuntur in proprio sensu. Unde alleganti donationem mortis causâ fuisse, incumbit probatio ex comuni DD. adeo, ut etiamsi in mortis periculo concepta fuerit donatio, si tamen nulla mortis mentio facta sit, donatio inter vivos censeatur; quia, ut jura loquuntur, non tam mortis causâ, quàm moriens donâsse videbitur. l. 42. §. 1. ff. h. t. {cùm pater in extremis vitæ constitutus emancipato filio quædam sine ulla conditione redhibendi donâsset, ac fratres & cohæredes ejus bonis contribui donationes Falcidiæ causâ vellent, jus antiquum servan-

servandum esse respondi, non enim ad alia constitutionem pertinere, quàm quæ lege certâ donarentur, & morte insecutâ quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta: cum autem NB. qui absolutè donaret, non tam mortis causâ quàm morientem donare.] Aliquando tamen præsumeretur donatio causâ mortis, si v. g. donans non posset donare inter vivos, posset tamen donare causâ mortis.

De Solennitatibus hujus Donationis nihil addendum est, ultra dicta. Habet easdem quas Codicillus, ubi ex videri possunt superiùs cap. 2.

CONTROVERSIA V.

Quibus fas sit donare Mortis causâ.

SUMMARIUM.

An filiusfam. possit donare causâ mortis bona adventitia. 452.
An bona quorum usumfructum habet, possit sine consensu patris donare. 453. *& seqq.*
Quomodo intelligenda regula: Non potest mortis causâ donare, qui non potest testari. 457.
Solvuntur objectiones. 458. 459.
An Minor possit donare causâ mortis sine Curatoris auctoritate. 460.
Solvitur objectio. 461.
An inter conjuges valeat donatio mortis causâ. 462.
Quomodo retrotrahatur talis donatio. 463.

MOrtis causâ donare potest omnis qui testamentum facere potest, & econtra, qui prohibetur testari, nec mortis causâ donare potest, exceptis excipiendis.

452. QUÆRITUR enim 1. De Filio familias pubere. non est autem quæstio de bonis castrensibus & quasi. nam cùm de his testari possit, babeatúrque pro patresam. quidni mortis causâ donare possit? Quæstio est igitur de adventitiis, an possit illa donare, sine, vel saltem cum consensu patris. Et quia in aliquibus hujusmodi bonis habet pater usumfructum, in quibusdam autem filiusfam. est plenus dominus, hinc quæstio de utroque genere bonorum procedit.

Et imprimis aliqui rigidi negârunt posse donare de his bonis, ne quidem cum consensu patris. Communissima tamen & vera sententia affirmat, cum patris consensu posse donare ea bona, quorum ususfructus ad patrem spectat. *l. 25. ff. h. t. §. 1. Filius familias qui non potest facere testamentum nec voluntate patris, tamen mortis causâ donare patre permittente potest.*

Ratio est. Quia, ut vidimus, Donatio mortis causâ assimilatur contractibus in sua productione: atqui filiofamilias utique licet consentiente patre contractus inire. ergo & mortis causâ donare.

Objiciunt adversarii regulam generalem: cui non est testamenti factio, neque est mortis causâ donatio. ℞. Regulam pati exceptionem jam positam. & declarabitur infrà.

453. Major est difficultas respectu bonorum, quorum etiam usumfructum, imò plenam administrationem habet filius, an sine consensu patris possit donare mortis causâ. Negant multi quos refert & sequitur Harppreche, Zæsius, Arnoldus Rath, *th.* 56. 57. *qui testam. fac.* & P. Molina *d.* 288. Et est sententia valde probabilis. Magis tamen propendeo in sententiam affirmativam, quam tenent Paulus Castrensis, Jason, Fachineus *l.* 5. *c.* 25. Castro Palao *d.* 2. *p.* 15. *n.* 4. Antonius Perez *n.* 18. Hunnius *q.* 61. Manzius *tr.* 2. *n.* 135. Iacobus Loffius (Benefactor egregius Causæ Piæ, cujus curâ & impensis elucubrationes istæ prælo subjectæ fuerunt) th. 50. Tota dissensio provenit inde, quòd Negantes putent, consensum patris requiri ad integrandam personam donantis, adeoque esse de substantia actûs: Affirmantes verò putent solùm requiri consensum patris propter præjudicium patris.

454. Putamus ergo, auctoritatem & consensum patris non requiri ad integrandam personam filiifam. sicut requiritur auctoritas tutoris, vel Decretum Iudicis, sed solùm ob præjudicium patris. Probat hoc acutè Fachineus imprimis ex lege 7. *ff. de donationib.* ubi sic habetur. [Filiusfamilias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat.] Et paulò pòst §. 2. [Item videamus, si quis filiofam. liberam peculii administrationem concesserit, ut nominatim adjiceret, sic se ei concedere, ut donatè quoque possit, locum habeat donatio, & non dubito, donare quoque eum posse.] Denique subditur §. 4. [Pari autem ratione, quâ donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causâ donare prohibetur. Quamvis enim ex patris voluntate donare quoque mortis causâ possit, attamen cùm cessat voluntas, inhibebitur hæc quoque donatio.] Ex quo loco sic argumentatur Fachineus. Filiusfam. eâ ratione prohibetur sine patris consensu donare mortis causâ, quâ prohibetur inter vivos donare, ut habetur in §. 4. atqui filiusfam. donare prohibetur inter vivos propter præjudicium patris, ut patet ex illis verbis: *Non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat.* Id enim vergeret in præjudicium patris, qui liberam filio administrationem concessit: ergo filiusfam. prohibetur donare causâ mortis, ne rem perdat in præjudicium ipsius patris, ad quem pertinebat res donata tunc temporis, quando Vlpianus illum textum scripsit. Cùm ergo posteriore Iure res donata pleno Iure pertineat ad filium, non agitur de præjudicio patris, si filiu

posst

possit donare sine consensu patris, & quidem tam inter vivos, quàm mortis causâ.

Probatur idem 2. ex lege 8. §. 5. *post med. C. de bonis quæ lib.* ibi. [Filiis autem familiarum in iis duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda, dominium Rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori assignare. Meliùs enim est coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispectum spectat patrimonium. Cùm enim sicut dictum est, parentes alere eos secundùm leges & naturam compellantur, quace ad venditionem cerum suarum prosilire desideant?] Unde Fachineus sic argumentatur. Si pro solennitate patris consensus patris requireretur, quasi filius integram personam non haberet ad donandum causâ mortis, non autem ratione præjudicii, tunc prohibitio locum sibi vindicaret etiam in iis rebus quarum ususfructus patri non acquiritur: sed prohibitio loquitur de iis duntaxat rebus, quarum ususfructus patri acquiritur: ergo est constitutum propter patris præjudicium: quod etiam totus contextus satis indicat.

456. Adhuc efficaciùs videtur probari Conclusio ex *Novella* 117. c. 1. *pr.* & §. 1. ubi de his bonis ex professo agitur: [Sancimus igitur licentiam esse matri & aviæ, aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ, &c. Filio vel filiæ, &c. Donare, aut etiam per ultimã relinquere voluntatem, sub hac definitione ac conditione, si voluerint, ut patet neque usumfructum neque aliquod penitus habeat participium. Et paulò pòst. Res autem ità relictas sive donatas positis sub potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis, licèt sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo, disponere.]

Ad hunc textum respondent Adversarii, eum esse intelligendum de dispositione inter vivos: alioquin nimium probaret, nempe quòd filiusfamilias posset quoque de illis bonis facere testamentum, cùm tamen certum sit, & suo loco probatum, ne quidem consentiente patre posse de illis testari. Sed contra. Si conceditur filiofam. potestas donandi inter vivos, meritò censetur etiam concessa potestas donandi mortis causâ. quia, ut jam semel iterùmque dictum est, quoad originem assimilatur donationi inter vivos. Et faciliùs conceditur potestas donandi mortis causâ, quàm inter vivos, ut patet in donatione inter conjuges.

457. Objiciunt Adversarii 1. Quicunque testari non potest, is neque potest mortis causâ donare. *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. & rat. distrah.* atqui filiusfam. non potest de illis bonis testari. ergo nec donare mortis causâ. ℞. 1. Argumentum nimium probare, si majoris sensus esset, quem intendunt adversarii. nam sic subsumi posset. atqui ne quidem consentiente patre potest facere testamentum. ergo nec consentiente patre potest donare: quod est falsum. ℞. ergo. 2. Majorem esse intelligendam de personis, quæ ob vitium inhærens testari prohibentur. ut pupillus furiosus; mente captus, &c. Non verò si ob aliam causam. Filiusfamilias non prohibetur testari ob vitium inhærens, sed propter alias causas, quæ tamen causæ non habent locum in donatione mortis causâ, quæ saltèm consentiente patre fieri potest.

458. Objiciunt 2. Hac ratione posset quis dicere, quòd de hujusmodi bonis posset filiusfam. etiam testari, si potest donare sine consensu patris: quia nempe non agitur de præjudicio patris. Retorquetur argumentum, & quæro, cur non etiam liceat inferre hoc modo. Potest filiusfamilias donare mortis causâ cum consensu patris: ergo poterit etiam facere testamentum cum consensu patris? Omnes ergo fateri debemus, debere subesse causam quæ militet in testamento ad illud prohibendum, & non militet in donatione mortis causâ: quænam autem illa causa sit, non spectat ad hunc locum examinare.

459. Objiciunt 3. Ideo potest filiusfam. donare de bonis castrensibus, quia potest de illis testari: ergo si testari non potest de adventiis, neque poterit donare. Antecedens probant ex *lege* 7. §. *fin. ff. de donat.* ℞. Jureconsultum non dicere, quòd potestas donandi pendeat ex potestate testandi, sed potiùs arguit à majore ad minus, hoc modo. *Cæterùm qui habent Castrense peculium, in ea conditione sunt, ut & donare mortis causâ, & non mortis causâ possint, cùm testamenti factionem habeant.*

Hinc deducunt DD. ut Fachineus, Palao, & alii, posse filium de his bonis donare patri: neque enim ejus auctoritas requiritur ad valorem donationis: ergo nihil est, quo talis donatio vitietur.

460. QUÆRITUR 2. An Minor possit donare causâ mortis sine Curatoris auctoritate. Negant multi, quos sequitur noster P. Molina, Castro Palao, & Ant. Perez. n. 19. Probabilior videtur opinio affirmantium, quam tenent Fach. c. 61. Zæsius, Lossius, Harppecht. Probatur. Cuicunque permittitur testamenti factio, permissa quoque est donatio causâ mortis, arg. legis 15. ff. h. t. [Marcellus notat: cùm testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filiifam. milites liberam facultatem, cedi potest, ea etiam remissa quæ donationes mortis causâ fieri prohibent.] Atqui minori sine Curatoris

ratoris authoritate permissa est testamenti factio, ut suo loco probatum est. ergo &c.

Confirmatur ex *lege. 1. ff. Tutelæ & rat. distr.* ubi negatur pupillo donatio causâ mortis ideò, quia testari non potest. ibi. §. 1. *Nam sicut testamenti factio pupillis concessa non est, ità nec mortis quidem causâ donationes permittendæ sunt.* Ergo cùm Minoribus illa potestas concessa sit, etiam posterior concessa videbitur.

Objiciunt 1. Donatio causâ mortis quoad sui Initium & productionem assimilatur contractibus: atqui donatio prout est contractus, nempe inter vivos, requirit auctoritatem tutotis seu curatoris ad integrandam personam: ergo & donatio causâ mortis. ℞. Leges plus non dicere, quàm quòd ad donationem mortis causâ requiratur acceptatio donatarii, & in hoc assimilatur contractibus, sed non in solennitatibus. nam donatio mortis causâ requirit quinque testes. Sicut ergo Authoritas curatoris non requiritur ad testamentum, sed sufficiunt reliquæ solennitates, ità etiam se res habet in donatione causâ mortis, quæ plus participat de ultimis voluntatibus.

461. Objiciunt 2. Legem 7. §. 4. *ff. de donation. Pari autem ratione, quâ donare filiusfam. prohibetur, etiam mortis causâ donare prohibetur.* Vnde volunt adversarii conficere regulam universalem, quòd quâ ratione quis prohibetur donare inter vivos, etiam prohibeatur donare causâ mortis. Verùm, consequentia non tenet. Nam filiusfam. prohibetur donare tam inter vivos quam causâ mortis, sine consensu patris, propter præjudicium patris, & solùm illa bona, quorum usumfructum habet pater. at verò auctoritas curatoris requiritur ad integrandam personam: sicut ergo hanc leges non requirunt ad testamentum Minoris, ità nec ad donationem causâ mortis: satis enim consultum est Minori, quòd donatio fit semper revocabilis.

462. QUÆRITUR 3. An inter Conjuges valeat donatio mortis causâ: & an donatio ab illis facta inter vivos, ac proinde invalida quà talis, si tamen revocata non fuerit, confirmetur morte donantis, & sustineatur ut mortis causâ donatio. Negat glossa, quam sequitur Covarruvias, *Rubr. de Testam. p. 3. n. 2.* Iulius Clarus §. *donatio q. 9.* Affirmativa tamen est recepta, & omnino tenenda. Colligitur imprimis per argumentum à contrario, ex *lege 27. ff. de mortis causâ donat.* ubi dicitur (ut suprà retuli) donationem factam ut irrevocabilem, hoc ipso non esse donationem causâ mortis, etiamsi concipiatur ut talis, & ideo inter conjuges non valere. Ergo si revocabiliter fiat, & non revocetur, valebit. Ergo possunt mortis causâ donare. Clariùs habetur *in l. 9. §. 2. & l. 10. ff. de donat. inter vir. & uxor. Inter virum & uxorem mortis causâ donationes receptæ sunt. Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir & uxor esse desinunt.*

463. De donatione mortis causâ inter conjuges, exstat lex 40. *ff. h. t.* quæ sic habet. *Si mortis causâ inter virum & uxorem donatio facta sit, morte secutâ, reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.* Hoc autem est quid speciale. Nam cæteroquin donatio mortis causâ non retrotrahitur ad tempus interpositæ donationis. Accursius illam legem interpretatur de tali donatione mortis causâ, quam conjuges attentaverant facere irrevocabilem, adeoque quâ talis non valet; valet tamen ut donatio mortis causâ, & quidem cum hoc speciali effectu, ut retrotrahatur ad tempus interpositæ donationis.

Verùm de his nunc satis. Plura to. sequ. in tract. de Donationibus.

FINIS TOMI SECUNDI.

Ad majorem DEI Gloriam.

SYNOPSIS ALPHABETICA TOMI II.

In qua Numerus major seu Romanus, Tractatum, minor verò Numerum Initialem indicat.

A.

Accrescendi Ius.

HÆredi iostituto in re certa, vel quota aliqua totius assis, si oihil de reliqoo dispositum est, omnia accrescunt perinde acsi ex asse hæres institutus fuisset. V I. 608

Si hæres in re particulari institutus, habet cohæredem universalem, oulla booa illi accrescunt, sed cohæredi tantùm, etiamsi iste tantùm in certa quota assis institutus esset, nisi iste repudiaret hæreditatem, aut sine transmissione decederet. 609

Si plures sint instituti in re certa, & nullus cohæres universalis datos, omnia cætera illis accrescunt æqualiter, non obstante inæqualitate rerum certarum relictarum. Si verò instituti essent in quotis inæqualibus, cætera secundùm proportionem accrescerent. 610

Quando ex pluribus hæredibus onus adit partem sibi relictam, alter repudiat, vel alio modo in ejus persona deficit successio, illius portio accrescit adeunti. 611. Possessio tamen ipsa non accrosceret, sed de novo acquirenda esset. eod.

Idem dicendum est de fideicommisso ad plures spectante. eod.

In Legatis & Fideicommissis particularibus, regulariter habet locum Ius accrescendi ioter se conjunctos legatarios, aut fideicommissarios. 612.

Accrescendi Ius cedit Substitutioni. 46

Actus.

In omni Actu subintelligitur clausola, ut valeat meliore modo quo potest: si expedit valere illi, qui ponit Actum. V I. 59. 60. 61.

Nisi intentio esset Restricta ad præsens objectum. 65

Adoptatus. Arrogatus.

Adoptatus ab ascendente præteritus, quo remedio uti possit, vide. *Testamentum Parentum.*

Arrogatus præteritus, vel non justâ causâ exhæredatus, omnia sua bona eorúmque emolumenta recoperat, & quartam partem bonorum arrogatoris consequitur tanquam æs alienum. V I. 398

Adoptatus etiam à patre naturali hæres instituedus. vide. *Adoptio. & Testamentum paternum.*

Adoptio. Arrogatio.

Adoptio vel Arrogatio quomodo rumpat Testamentum. vide. *Testamentum ruptum.*

Adoptio non impedit, quò minùs à patre naturali etiam sit instituedus, vel exhæredandus Adoptatus. V I. 401

Ascendentes.

Ascendentes quomodo sint instituendi. Vide. *Institutio Parentum.*

Authentica.

B.

Bonorum Collatio. Vide *Collatio.*

Bonorum Dispositio. Vide *Dispositio.*

Bonorum Possessio.

C.

Cæcus.

Captivus.

Causa Pia.

Clericus.

Codicillus.

Ex pluribus codicillis sibi in aliquo contrariis, in eo in quo contrarii sunt posterior obtinebit.

Codicilli etiam infirmantur defuncti contrariâ voluntate, eâque nudâ. 215

Collatio Bonorum.

Collatio Bonorum est illatio in communem bonorum parentis acervum, ex quo legitima debetur, eorum profectitiorum bonorum, quæ afferentis effecta erant, ut cum aliis tanquam hæres in illis succedat. 541

Jure novo, tam ab emancipatis, quàm *Suis* omnia illa sunt conferenda, quæ olim jure Codicis erant conferenda, si pater ab intestato decessisset, nisi pater expressè designet, se aliqua nolle conferri. 542

Quoad ascendentes manet jus antiquum incorrectum, qui proinde non conferunt, quæ à liberis in vivis acceperunt. Unde non est universaliter verum, illos omnes debere conferre, quibus debetur legitima. 542 543

Si quis ex liberis, neglectâ bonorum possessione ex cap. *unde liberi*, vellet succedere ex capite *unde cognati*, & concurrere cum cognatis, nec isti nec ille tenerentur conferre. 544

Nepotes succedentes jure repræsentationis, etiam conferre debent. 548

Fæminæ etiam tunc conferre debent, quando sunt institutæ hæredes, etiamsi ex statuto aliquo à successione ab intestato excludentur: & hoc ratione legitimæ, à qua non excluduntur, & ratione cujus haberent etiam possessionem bonorum contra tabulas. 549

Quamvis cum suis debeant etiam emancipati conferre quando concurrunt, si tamen soli emancipati cum emancipatis concurrant, non tenentur conferre nisi dotem & donationem propter nuptias. 550. & seqq.

Ut cesset obligatio conferendi, non sufficit tacita vel præsumpta prohibitio patris, sed requiritur expressa: qualis esset etiam, si pater, designatis partibus hæreditatis diceret, se velle, ut illas integras acciperent. 552. 553

Collatio facienda est etiam tunc, quando aliqui ex testamento, alii ab intestato succedunt. 555

Quoad bona conferenda Regula 1. generalis tradi solet, illa solùm esse collationi subjecta, quæ accepta sunt ab eo & ex ejus bonis, ex cujus bonis legitima debetur. Unde, cùm vivente patre avus non debeat nepoti legitimam, si hunc hæredem scriberet, non teneretur res priùs donatas ab avo conferre. 557

Sola profectitia quæ proveniunt ex patre vel matre, vel linea paterna aut materna, conferuntur in legitimam ab illis debitam; non tamen indistinctè omnia, sed quæ specialibus legibus jubentur conferri aut computari. 559

Altera Regula est, ea omnia esse conferenda, & in legitimam computanda, quæ pater non quidem remuneratoriè, sed ex causâ necessitatis alicujus dedit, ut dos, donatio propter nuptias. 561

Quando dos est tantùm promissa, tunc non potest re ipsâ conferri: conferenda tamen est æquivalenter & virtualiter, per cautionem liberationis, seu defensionis faciendam fratribus simul succedentibus, quòd illos velit filia defendere adversùs maritum, si dotem exigeret. Si verò dos jam accepta fuit, est re ipsâ conferenda, hoc est, confunditur cum bonis paternis, ut proinde ejus partem fratres accipiant. Si quidem filia, soluto Matrimonio dotem à marito recepit. secùs, non confertur realiter, sed remissione tantæ partis bonorum paternorum, quantam ex dote fratres accipere deberent. Quodsi sine culpa apud maritum periisset, liberaretur à collatione, per regulam generalem, quòd debitor speciei, ejus interitu liberetur. 561

Sumptus facti in elocanda filia, v. g. in convivium nuptiarum, non videntur conferendi ex intentione patris, sicut nec quæ in celebratione primitiarum, vel ingressu filiæ in Monasterium computantur in legitimam. 562

Aliud est de vestibus pretiosis. eod.

Conferenda etiam est dos, quam avus maternus, aut mater dedit, in successione quâ matri, vel avo materno succeditur in bonis ex quibus dos data est: adeoque ratione hujus successionis habetur pro profectitia, etsi cæteroquin adventitia sit. 563

Non esset tamen conferenda annua summa à patre data filio ad sustinenda onera Matrimonii, utpote quæ censeretur habere rationem alimentorum. 564

Patrimonium filio pro titulo mensæ assignatum, conferendum est, cùm sit instar donationis propter nuptias. 565

Vniversim illa non sunt conferenda ex Juris præsumptione, quæ ex paterno affectu & liberali quadam pietate impenduntur ad liberorum utilitatem promovendam ultra id, quod ex necessitate impenditur, v. g. expensæ pro gradibus: & quidem Iure Bavarico id constitutum est, nisi pater aut mater filium pro debitore agnovisset, vel jussisset, ut in legitimam ejusmodi sumptus sibi imputari pateretur. 566. & seqq.

Quod etiam verum esset, etiamsi pater administraret bona adventitia filii, ex quibus posset hujusmodi sumptus subministrare: deberet

beret enim monere filium, si tales sumptus vellet ex bonis filii facere; alioquin præsumetur ex suis fecisse: & non erunt conferenda, quia jura probabiliùs talia nolunt conferri. 570

Libri ad studia prosequenda comparati, & dati, habent se sicut alia utensilia, adeoque censentur ad solum usum concessi, & ideo studiis non absolutis, sunt conferendi, quia cùm non sint ex studiis comparati, non sunt quasi castrensia. Si consumpti essent bonâ fide, non conferuntur, sicut nec aliæ impensæ. Aliud esset, si darentur filio studiis absolutis, ut fungeretur officio litterario, sicut dantur arma aggressuris militiam. 572

Quæ pater pro filio solvisset, ad eum v. g. ex carcere liberandum, vel debita ex delicto, illa computarentur in legitimam, & essent conferenda, quia data essent ob causam necessitatis potiùs quàm liberalis pietatis. 575

Pretium expensum à patre pro beneficio iterum vendibili & ad hæredes transmissibili, esset conferendum: pro non transmissibili expensum, Iure Bavarico non confertur, nec in legitimam computatur: idémque probabiliter de Iure communi dicitur. 576

Hujusmodi sunt, quæ pater expendit, ut obtineret filio Beneficium, Commendam, Doctoratum, quia hæc omnia personæ ossibus adhærent, nec vendi aut transmitti possunt. Neque interest, an talia pater immediatè ipse expendat, vel det filio, ut ipse expendat, ut solet communiter fieri. 577

Lucrum ex peculio à patre concesso quæsitum eatenus est conferendum, ut tamen industria non gratis impensa, aut debita æstimetur, & tantò minus conferatur. 578

Donata, donatione simplici, nec à lege improbata, non sunt conferenda: utpote liberaliter data, ut haberentur tanquam præcipua: non esset autem liberalitas, si essent conferenda. 579

Donata autem donatione primùm per mortem confirmanda, cùm habeant rationem legati, sunt conferenda, quando succeditur ex testamento; secùs quando succederetur ab intestato, nisi alter filius aut filia deberent conferre donationem propter nuptias, aut dotem, aut aliam donationem factam ob causam. 580

Procedit autem hoc, non solùm de non emancipatis, sed etiam de emancipatis, ut nempe hi donationes simplices non debeant conferre, tum quia statim valent, tum quia hæc est intentio donantis, tum denique quia emancipati quoad obligationem conferendi hodie comparantur non emancipatis. 585

Donationes antidorales, non excedentes notabiliter merita filii, non sunt conferendæ, sed accensentur bonis adventitiis ex propria actione partis. Dummodo de meritis constet, & donatio non sit tanta, ut inducat præjudicium legitimæ aliorum liberorum. Adeoque remuneratio fieri debet ex illa substantia patris, quæ subest liberæ dispositioni, salvâ legitimâ. Neque enim remuneratio est æs alienum, cùm non debeatur ex Iustitia. 586

Quod dictum est de donatione remuneratoria, etiam dicendum est de donatione juramento firmata, & ideo statim valente, nisi præjudicet legitimæ. 588

Ad consequendam collationem, competit cohæredibus condictio ex lege, item exceptio de dolo, si alter ageret petitione hæreditatis. Expedit tamen ut fiat imploratio Iudicis priusquam locus sit exceptioni de dolo: potest enim contingere, ut plus alteri conferendum sit, quàm ex hæreditate capturus est. 589

Modus conferendi fit, deducendo primò æs alienum, & impensas factas in res hæreditarias. Res perditæ in specie sine culpa, non veniunt in considerationem, cùm casus fortuitus noceat creditori. 590

Fit collatio vel re ipsâ, vel cautione. Ad realem collationem sufficit, si rei æstimatio, consentientibus cæteris conferatur: item si accipiendo minus, remittendo tantum ex paternis, quantum haberet ex collatis. Quod si unus ex cohæredibus ante collationẽ decesserit, ejus hæredi conferendum est. eod.

Cautione fit collatio, si datis fidejussoribus, aut pignoribus, securi redduntur cohæredes de conferendo. Si quis ob inopiam cavere non possit, datur ejus portioni curator, donec caveat. eod.

Si caverit, nec tamen cautioni steterit, stipulatio committitur, sed non antequam interpellatus fuerit: elapso spatio condemnatur, quanti ea res erit. eod.

Si per errorem omissa est collatio, potest adhuc postea peti. eod.

Conditio.

Quomodo Institutioni hæredum apponi possit, & quam vim habeat, vide *Institutio conditionata sub turpi vel impossibili conditione.*

Conditio Impossibilis, vel est ex natura rei talis, vel de facto, vel ex legis prohibitione. VI. 352

Executio alicujus dispositionis in diem collata, non facit actum conditionalem. VII. 428

Conjuncti.

Conjuncti possunt esse hæredes, vel legatarii, tripliciter, Re tantùm, Verbis tantùm, Re & Verbis. VII. 264

Plura de his vide: *Legatum. Legatarii.*

Conjunx.

Portio, quæ conjugi pauperi in bonis divitis ab intestato debetur, si in testamento non relinquatur, potest peti vel Conditione ex lege, vel extraordinariâ bonorum possessione: non tamen potest querelâ inofficiosi impugnare testamentum. VI. 434

Conjuges an possint donare mortis causâ. Vide *Donatio mortis causâ.*

D.

Damnatus.

Damnatus pœnâ capitali, ante sententiam ultimam cum testamento potest decedere; secùs post latam sententiam, neque testari ampliùs potest. VI. 221. 222.

Si non habet conjunctos usque ad tertium gradum, bona fisco adjudicantur. Imò, in crimine Majestatis omnibus exclusis. 222

Damnatus ad perpetuos carceres, testari nōn potest. 223

Damnatus ob Carmen Famosum, intestabilis est. 226

Deliberandi Ius.

Jure deliberandi quinam possint transmittere, & ad quos, vide, *Transmissio hæreditatis.*

Jus deliberandi est Facultas hæredi concessa, ut intra certum tempus consultare & perquirere possit, an hæreditatem sibi delatam adire, vel potiùs repudiare velit. 645

Tempus deliberandi à Principe conceditur annus, ab inferioribus Magistratibus novem menses. eod.

Forma in eo consistit, ut pendente tempore non solùm creditoribus, sed etiam hæredibus institutis Prætor vel Magistratus subveniat, illisque copiam faciat instrumentorum inspiciendorum, unde instruere se possint, expediatne agnoscere hæreditatem. Item fit copia inspiciendi tabulas testamenti, aperiendi & describendi, sine quibus hæres non scit, quænam onera illi imponantur. Incipit autem deliberatio elapsis novem diebus post mortem testatoris. 646

Deliberatione pendente, nec creditor pignora distrahere, nec hæres quidquam alienare ex bonis hæreditariis, vel diminuere potest, nisi decreto Prætoris interveniente, & cum causæ cognitione. 647

Deportatus.

Deportati hodie sunt in Imperio, qui ultra quatuor Imperii sylvas mittuntur. Nec testari possunt, nec cum testamento priùs facto decedere. VI. 219

Descendentes.

Quomodo sint instituendi à parentibus. Vide. *Testamentum Parentum, & Legitima.*

Dispositio Bonorum.

Disponere de suis Bonis ad Causas pias inter Vivos, incomparabiliter laudabilius est, quàm disponere de illis in tempus mortis. VI. 255

Dolus.

Testamentum dolo initum, utpote simpliciter Involuntarium, quatenus procedit ex ignorantia antecedente, est ipso Iure nullum. VI. 192

Donatio Mortis causâ.

Subjecta est Falcidiæ. VII. 358

Definitur à Iust: Donatio, quæ propter mortis suspicionem fit, cùm quis ità donat, ut si quid humanitùs ei contigisset, haberet is qui accepit. Sin autem supervixisset, is qui donavit, reciperet, vel si eum donationis pœnituisset, aut prior decesserit, cui donatum est. Magis convertibiliter definitur: quando gratis aliquid traditur, aut promittitur, ut morte donantis absolutè, aut eâ solâ morte quæ de proximo quando donatio fit, timetur, secutâ ante donatarii mortem, rès irrevocabiliter donatarii fiat, cum deambulatoria donantis usque ad ipsius mortem facultate revocandi omnino eandem donationem. Ità P. Molina. Breviùs sic. Conventio quâ quis rem mortis intuitu donat, quam se magis, quàm donatarium, hunc verò potiùs, quàm hæredem habere mavult. 422

Dupliciter hæc donatio fieri potest. Primò, quando nullo præsentis periculi metu, sed solâ mortis futuræ memoriâ ductus donat. Secundò, quando præsenti periculo motus donat. Priore modo facta non exspirat, nisi revocetur. Posteriore exspirat, morte non secutâ ex tali periculo. 423

Quando res donata traditur, transfertur dominium, sed revocabile, nisi contrarium exprimat testator. 424

Potest fieri nudo pacto, absenti per nuntium, & acceptata statim valet. 425

Si non acceptetur ante mortem, induit naturam legati,

Dos.

E.

Emancipatus.

Excommunicatus.

Executio. Executores Testamentorum.

Exhæredatio.

F.

Falcidia.

Fideicommiſſum. Fideicommiſſarius.

Filiusfamilias.

Franciscani.

Frater.

Furiosus.

H.

Hæreditas.

Hæres.

Hæreditatis Petitio.

ideo Bonorum possessor instar hæredis habetur. eod.

Est autem differentia inter Hæreditatem Civilem, & Prætoriam, seu Bonorum possessionem, quòd illa immediatè & directè universa defuncti commoda & incommoda deferat, & dominum faciat: hæc verò solùm jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quæ defuncti fuit cùm moreretur. commoda verò vel incommoda hæreditaria his mediantibus persecutionibus, aut retentionis beneficio per Exceptionem. 631

Datur hæc actio adversus eum qui pro hærede vel pro possessore possidet bona hæreditaria: nec præscriptione longi temporis extinguitor. 632. Pro hærede possidet, qui seu bonâ seu malâ fide dicit se hæredem esse, cùm reverâ non sit. 633. Pro Possessore possidet, qui interrogatos quare possideat, alium titulum non potest allegare, nisi dicendo, *quia possideo*. Contra eum ergo qui alio titulo munitus esset, v.g. qui pro emptore possideret, non daretur Hæreditatis petitio, sed rei vindicatio. 634 Et ideo talis non tenetur restituere fructus, nisi post litem contestatam perceptos, priores verò omnes fructus etiam antè perceptos. 635

Utili hæreditatis petitione possunt etiam conveniri alii qui loco hæredis habentur, ut Bonorum possessor, h. e. ille qui hæreditatem jure prætorio possidet. item Fideicommissarius cui hæreditas à non hærede restituta est: item qui hæreditatem à non hærede emit. eod.

Contra debitorem hæreditarium non datur, nisi dicat, se possidere debitum jure hæreditario, seu pro hærede. 636

Datur contra eum qui dolo desiit possidere, quia pro possessore habetur: adeo, ut etiamsi solvat æstimationem rei quam dolo desiit possidere, nihilominus petitio hæreditatis detur contra verum possessorem, sed pretium, deductis expensis deberet priori restituere. 637

In petitione hæreditatis veniunt etiam res alienæ quæ apud defunctum exstiterunt, v.g. depositæ, commodatæ, oppignoratæ, &c. 639

Hæreditatis Transmissio.

Quibusnam, & ex quibus titulis competat, vide: *Transmissio hæreditatis.*

Hæreditatis Aditio.

Fit vel signis, ut verbis, nutu, vel re, v.g. solvendo creditoribus, petendo bonorum possessionem, relinquendo portionem sibi relictam in suo testamento alteri: nec requiritur apprehensio rerum hæreditariarum ad acquirendum dominium, sed adeundo fit extraneus Dominus: hæres suus fit Dominus ipso jure, etiam absque aditione. VI. 665.

Jure novo hæreditas furioso delata per procuratorem adiri potest. 666

Pupillo infante majori potest quidem tutor bonorum possessionem etiam ignotanti agnoscendo acquirere: hæreditatem verò, seu successionem civilem non nisi consentiente popillo. 667

Pupillo infanti hæreditatem delatam tutor per se acquirit. 668

An substitutus pupillariter possit adire unam hæreditatem alterâ repudiatâ, vide *Substitutus.*

Pater potest adire hæreditatem (excluso substituto) delatam filiofam. etiam hoc invito. VII. 31. & seqq.

Hæreditatis Repudiatio.

Repudiatio opponitur aditioni, & Abstentio in hærede *Suo* opponitur Immixtioni. Et sicut Extraneus repudiat declarando quòd nolit adire, ità *Suus* abstinet, nolendo se immiscere. VI. 670

Tutor consentiente pupillo potest repudiare, sed non pupillus sine auctoritate tutoris. 671

Nec pater sine consensu filii potest hæreditatem filio delatam repudiare. 671

Repudiari ampliùs non potest hæreditas semel agnita, nisi competat beneficium restitutionis. 672

Qui ex uno capite repudiavit, potest ex alio capite ad hæreditatem pervenire. 673

Filiusfam. patrem adire volentem etiam repudiando hæredem facit, & hoc sufficit ad excludendum substitutum. VII. 34. & seqq.

Servus tamen repudiando non facit hæredem suum Dominum adire volentem, & ideo est locus substituto præ Domino. 34. 38

Repudiatio non est causa adæquata, quòd pater fiat hæres, sed unà cum lege 8. §. a. *C. de bonis quæ lib.* & accedente aditione patris, quæ supplet voluntatem filii. 39

Hæredum pluralitas & inæqualitas.

Plures hæredes instituti, nullâ partium designatione factâ, consequuntur partes æquales: etiamsi unus in recto cæteri in obliquo nominati essent. 290

Institutis hæredibus necessariò instituendis habentibus ordinem conjunctionis, v. g. filio & nepote, nepos censetur vulgariter substitutus, etiamsi jam natus sit, & etiamsi testator

stator ordinem invertisset: & hoc ex præsumpta voluntate, nisi de contraria constaret, v.g. ex adjecta part. *unà*: *simul*, &c. Idem esset, si, v. g. institueretur familia, in qua esset ordo. secùs, si extraneum patrem cum suo filio, tunc enim æqualiter immediatè succederent. 291

Instituto uno simpliciter, & simul pluribus aliis collectivè, ille unus semissem, cæteri alterum capient, si quidem diversis orationibus institutio facta est. 292

Institutis hæredibus in partibus inæqualibus, onera quoq; proportionaliter sustinent. 293

Si Testator non absolvisset. 12. uncias, censetur in pauciores assem contraxisse, quod illi licet. 294

Si numerum unciarum excessisset, hæreditas in totidem uncias dividenda esset. 295. nisi constaret, quòd à priore voluntate, quâ v.g. uni. 12. uncias reliquit, recessisset, & illi auferre voluisset, quas alteri relinqueret. 296

Uno in certa parte, alio indefinitè instituto, si duodecim uncias non excessit, residuum ad indefinitè institutum pertinet. si excessisset, videndum, quot uncias mente conceperit. vel medietas ad indefinitè institutum spectabit. 297

Institutis pluribus hæredibus cum relatione ad designationem partium in alia scriptura factam vel faciendam, cùm tamen nulla facta sit, succedent in partes æquales. 298

Hæres, aditâ hæreditate tenetur creditoribus, non item legatariis, etiam ultra vires hæreditaris. quia creditores certant de damno, legatarii de lucro. 645

Hæres in re certa scriptus.

Si testator verbis directis, & non communibus, usus est, & unum solum hæredem (vel plures sine differentia) in re certa instituit, detractâ rei certæ nominatione, hæres ex asse erit. 300

Si duo in rebus inæqualis valoris, vel in eadem re pro partibus inæqualibus scripti sint, tunc in tali re vel talibus rebus inæquales erunt, tanquam in prælegato, in cætera hæreditate æquales, nisi aliunde constaret, quòd testator vellet proportionaliter esse inæquales. 301. 302

Jure novo idem in hæredibus *suis* constitutum est, quibus in re certa institutis, debent hæredes cæteri legitimam implere, ne alioquin rumpant testamentum. 303

Quodsi testator adderet, se velle, ut hæres cum re tali determinata contentus esset, habendus esset ut legatarius, & succederent hæredes ab intestato, posséntque Falcidiam detrahere ab illa re, casu quo Falcidiæ locus esset. 305. & seqq.

Institutus in re certa, participat aliquid juris de legatario, & aliquid de hærede. De legatario, quòd patiatur Falcidiam, si alius cohæres est, nec utatur actionibus hæreditariis, nec illis conveniri possit. De hærede verò participat titulo institutionis, ut non impugnet testamentum, & nullo alio hærede existente totam hæreditatem consequatur. 309

Hæres ex testamento an aliquando concurrat eum hærede ab intestato. vide *Testator*.

Hæredis institutio alieno arbitrio commissa v. *Institutio*.

Hæres suus. Necessarius.

Hæres *suus* ille dicitur, qui vel debet nominatim exhæredari, vel hæres institui, præteritus rumpit testamentum. VI. 330. Quatenus ergo necessariò est instituendus, dicitur etiam Hæres necessarius. quamvis hodie possit abstinere ab hæreditate. 376. Hodie sola mancipia sunt hæredes necessarii, ut debeant adire hæreditatem acceptâ libertate. & hujus nomine bona subhastantur, sine obligatione, deinceps satisfaciendi. 378 Vide *Suitas*.

Hæreticus.

Ubi Hæretici non tolerantur, sunt intestabiles. VI. 227

Hermaphroditus.

Non potest esse Testis in Testamento, si sexus fæmineus prævalet. VI. 126

I.

Illegitimus naturalis.

Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus aut pronepotibus cujusvis sexus existentibus unam tantùm unciam potest pater naturalibus eorumque genitrici, vel si sola sit concubina, semiunciam relinquere, si unica sit, & nulla uxor legitima existat. VI. 278

Nullis legitimis descendentibus aut ascendentibus existentibus potest naturalibus pro libitu relinquere. 279

Existentibus liberis legitimis, avus non potest pro suo libitu instituere nepotes naturales ex filio naturali vel legitimo, nec potest illis plus relinquere quam pater filiis naturalibus: idem de nepote legitimo ex filio naturali dicendum. 280

Impu-

Impubes.

Incestuosus.

Incorporales Res. Vide *Res.*

Inofficiosi Querela. Vide *Querela.*

Institutio. Institutus.

Institutio in arbitrium alterius conjecta.

Institutio Captatoria.

Institutio Conditionata.

Insti-

Institutio sub turpi, vel impossibili Conditione.

Institutio Liberorum.

Quomodo sint instituendi, vide *Testamentum Parentum* & *Legitima.*

Institutio Parentum.

Exce-

ciendum alii 60. intra quos si inciperetur, & absolveretur, adhuc valeret. 661

Absentib⁹ legatariis, adhibentur pro testibus tres cives fide digni. 662

Fideicommissarius nniversalis, restitutâ sibi hæreditate, necdū confecto Inventario, tenetur ipse conficere, ut gaudeat beneficio. 663

Ususfructuarius universalis etiam tenetur conficere, non qnidem sub pœna legis, sed postulante proprietario ad reddendam rationem rerum, alioquin præsumetur dolus. 664

Inventarii confectionem nō potest remittere testator in præjudicium creditorum, benè tamen in præjudicium legatariorum aut fidei. ommissariorum. 665

Juramentum.

Regula generalis, quòd à nihil probante deferri non possit, & delatum possit referri, habet exceptionem in Fideicommisso. VII. 139

L.

Legatum Legatarii.

Legatum est Donatio à defuncto relicta, ab hærede præstanda. VII. 216

Differt à Fideicomisso Vniversali, quòd hoc non sit purè liberalis donatio, utpote subjectum oneribus hæreditariis. Et quia non accipitur immediatè à defuncto, sed ab hærede transferente dominium fideicommissi. Legati autem dominium accipitur immediatè à defuncto, & sola possessio præstatur ab hærede. 217

A donatione mortis causâ etiam differt, tum quia saltem ab initio relinquitur legatum (non item donatio mortis causâ) tali modo, ut ab hærede præstetur, esto quandoque defunctus ipse, mutatâ voluntate, præveniat hæredem & præstet: tum quia hæres semper præstat saltem æquivalenter & virtualiter, quatenus legatum à defuncto traditum posset à legatario avocare, illudque bonis defuncti adnumerare in eum finem, ut appareat, an ad solvenda debita, vel detrahendam Falcidiam sit necessarium. 218

Legatum etiam à fideicommissario universali relictum & præstandum, benè dicitur ab hærede præstari, quia talis fideicommissarius est loco hæredis. Quando autem legatum ab ipso legatario iterum alteri solvendum relinquitur, dicitur præstari mediatè. Definitur Legatum commodiùs: Ultima voluntas, quâ liberaliter defunctus rem particularem, hoc est, id quod rationem hæreditatis non habet, alicui ab hærede præstandum relinquit. 220

Si inter testandum testator utens verbo *donandi*, det aliquid acceptanti, non est donatio inter vivos, & irrevocabilis, sed erit donatio mortis causâ, statim transferens dominium, sed revocabile. Nisi traditio sequeretur testamentum in quo id ipsum relictum esset: tunc enim esset legatum. 221

Legatum strictè sumptum differt à Fideicommisso particulari in sola formula relinquendi per verba directè ad legatarium directa, vel tantùm indirectè. eod.

De reliquo sunt penitus æquiparata & æquata quoad effectus & modum relinquendi, in quibus antiquo jure plurimùm differebant. Nam legata non nisi testamentis aut Codicillis testamento firmatis relinqui poterant, nec nisi post hæredis institutionem, verbis latinis, certâ formulâ conceptis: non item in tempus post mortem hæredis aut legatarii. Hodierno jure, sicut olim fideicommissa particularia, etiam ab intestato, item in testamento ante hæredis institutionem, in Codicillis nullo testamento firmatis, verbis quibuscunque, imò solo nutu (de Jure communi, non item Bavarico, quo requiritur, ut respondeatur saltem: Ita. tit. 43. a. 5.) item præstanda post mortem hæredis aut legatarii. Econtra sicut olim dominium legati immediatè transferebatur in legatarium, ita etiam hodie dominium rei fideicommissariæ, ut statim detur actio in rem. 225

Legare illi soli possunt, qui testari. 226

Legari etiam non nisi illis potest, qui possunt hæredes scribi: exceptis excipiendis, ut professis &c. de quibus alibi. eod.

Quamvis olim personæ penitus incertæ, & non aliquo modo in animo designatæ, legari non potuerit, hodie tamen valet: v. g. *qui filiam meam duxerit:* dummodo per eventum persona certificetur. A fortiori potest legatum relinqui communitati. Item illis Religiosis, qui in testamento vi sui Instituti non possunt hæredes scribi: etiam PP. Franciscanis, sed cum limitatione, quam vide, *Franciscani.* Quodsi Religiosis relinquatur legatum cum onere repugnante Instituto, potest in aliud commutari. 227

Valet legatum factum incapaci tempore dispositionis, capaci tamen tempore mortis testatis. 228

Valet etiam legatum factum cum errore in nomine proprio legatarii vel rei legatæ, dummodo constet de mente testatoris, quem & in quo voluerit honorare. 229

Si tamen erraretur in nomine appellativo, v. g. nominando supellectilem pro veste, non valeret legatum, quia non expressit quod voluit, sed quod nnluit:

tor commissus esset in electione, vel electio facta esset ante aditam hæreditatem. 255

Electio commissa tertio, hoc non eligente, devolvitur ad legatarium. 256

Re eadem à duobus legatâ, si legatarius eam in specie fuerit consecutus ex uno testamento, non potest postea petere ejus æstimationem ab altero hærede: benè tamen, si priùs æstimationem consecutus esset, posset adhuc rem ipsam consequi. 257

Si eadem res eodem testamento bis legata fuerit, non nisi semel debetur. 258

Res fungibilis in eadem scriptura bis legata, tantùm semel debetur, in duabus scripturis, testamento, & Codicillo legata, bis debetur, nisi hæres probet, testatorem voluisse legatum repetere, fortè quia oblitus est., vel quia timet impugnationem testamenti. 259

In re determinata corporea bis legata, stat præsumptio pro hærede, ut tantùm semel debeatur. 260

Si eadem quantitas semel absolutè, deinde sub conditione legata sit, semel statim debetur, secundò positâ conditione. eod.

Si in diversis scripturis diversæ quantitates legatæ sunt eidem, censebitur legatum auctum, & utrumque solvendum, nisi hæres contrarium probet. 261

Si eadem res pluribus conjunctim legetur, dabitur illis semel ut dividant inter se æqualiter. Si seorsim, & singulis in solidum, qui prior petit, habet optionem accipiendi rem vel æstimationem. 262. Itaque per rem secundò legatam, non præsumitur revocatum prius legatum, sed potiùs quòd ambo ad æquales partes vocentur. 263

Uno ex collegatariis re conjunctis deficiente, alter accipit totum, cùm alioquin partem accepisset: adeoque pars deficientis non cedit hæredi. 265

Utrum autem hoc fiat Iure accrescendi, an Iure non decrescendi, est inutilis quæstio, & sine inconvenienti dicetur: Iure accrescendi. 267

Quando collegatarii sunt re & verbis conjuncti, tunc si legatum cum aliquo onere relictum est, accrescit unà cum onere: si verò re tantùm conjuncti sunt, sine onere repudianti imposito, accrescit non repudianti. 268

Si verbis tantùm sint conjuncti, adhuc est locus Iuri accrescendi; secùs si etiam verbis disjuncti essent, vel ex aliis circumstantiis colligi posset, fuisse verbis conjunctos solùm quòd celeriùs loqui voluisset testator. 269 & seqq.

Si eadem res tribus legetur, duobus tamen etiam verbis conjunctis, tertio non nisi re, portio re & verbis conjuncti soli sic conjuncto accrescet. portio re tantùm conjuncti, cæteris duobus æqualiter. 276

Si triplex diversa conjunctio fiat, illi qui re & verbis conjuncti sunt, cæteris præferuntur: inter cæteros autem illi qui verbis tantùm conjuncti sunt, præferuntur illis qui re tantùm conjuncti sunt. 277. Exemplum elegans refertur ex Julio Pacio, & resolvitur. 278

Portionem accrescentem non tenetur legatarius (sicut hæres) acceptare, vel totum legatum repudiare. Totam tamen rem sibi per modum unius legati legatam, debet vel acceptare vel repudiare: non item si diversa sint legata. 279

Legari possunt res necdum existentes, sed tamen quas exstituras esse poterat sperari & cogitari à testatore: & tale legatum est in diem, adeoque suspensum, & pendens ab eventu & conditione ex natura inexistente, & transmitteretur ad hæredem à legatario decedente ante eventum. si nihil eveniat, v. g. fructus legari non nascantur, liberatur hæres. 280

Res aliena potest à sciente testatore (quam scientiam legatarius probare debet) legari, & hæres tenetur eam emere, si verò non sit venalis, solvere æstimationem. 280

Ab ignorante res aliena legari potest personæ valde conjunctæ, præsumendo, quòd etiam sciens legaturus fuisset. 282

Si res legata est hæredis, cùm censeatur esse una persona cum defuncto, debet legatum præstare, etiamsi testator ignorâsset esse hæredis. Si sit in dominio unius solius ex cohæredibus, tunc si legatarius probaverit, id testatorem scivisse, consequetur totum legatum concurrentibus tamen omnibus cohæredib⁹ cum proportione successionis. Si ignoravit rem unius ex hæredibus esse, putavitque esse suam, solus ille, cujus est fundus, gravatur, non quidem ad totam rem tradendam, sed ad æstimationem rei pro quota suæ successionis: reliqui verò ideo non tenentur, quia respectu eorum est res aliena. 283

Non plus Iuris censetur legatum esse, quàm habuit in re legata testator, quando jus limitatum habuit. 284

Si scienter res oppignorata legetur, hæres tenetur pignus luere, & tradere legatario: si ignoranter. ad legatarium spectat luitio. 285

Quodsi luitio adæquet valorem rei legatæ, si nolit luere legatarius, conformius juri est, quòd hæres teneretur luere, ne legatum sit inutile. eod.

Si res

Diminuto grege, ut non ampliùs sit grex, adhuc residuum debetur ex intentione testatoris. 316

Si tamen ususfructus gregis legatus esset, evanesceret legatum. 317

Sic etiam si fundi legati pars alienaretur à testatore, valeret legatum quoad alteram partē, & quoad partem censeretur revocatum. 318

Si quid peculio legato vivo testatore accedit vel decedit, undecunque, legatario accedit vel decedit. Si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem accipiat incrementum, tunc si legatum est peculium servo cum libertate, totum legatario cedit, si extraneo, cedit quidem legatario quoad augmentum proveniens ex rebus peculiaribus, extrinsecùs adveniens spectat ad hæredem. 319

Si domus legata vivo testatore destructa, nec à testatore reparata est, debetur area. si reparata tota simul, nihil debetur: si successivè, debetur domus. 320

Fructus rei legatæ in diem certum, si in favorem hæredis adjectus est dies, pertinent ad hæredem: secùs ad legatarium. 321

In arbitrio hæredis legatum relinqui non potest, nisi hoc sensu, ut eo semel consentiente non liceat variare. Item ut possit solutionem differre usque ad tempus mortis. 322

Legatum collatum in arbitrium legatarii (si voluerit) cùm cæteroquin hæc conditio omni legato insit hoc sensu: quòd possit legatum repudiari, ex mente tamen testatoris videtur hoc alio sensu adjectum esse, ut legatum legatario non acquiratur ignoranti, nec retrotrahatur ad punctum mortis, sed acceptationis. 323

Judicio & arbitrio intellectuali etiam ipsius hæredis committi potest. Arbitrio verò voluntario, soli extraneo. eod.

Legatis omnibus mobilibus, censerentur legatæ etiam actiones competentes pro mobilibus, ex communi modo loquendi, quo putant homines se nomine mobilium & immobilium omnia sua bona comprehendere. 324

Legatis omnibus mobilibus, etiam pecunia numerata censetur legata, nisi testator pecuniam soleret distinguere à reliquis rebus, vocando suum thesaurum. 325

Legatâ domo cum instrumentis aliisque rebus ibi contentis, non censeretur legata pecunia, sed solùm illa, quæ dicuntur esse in penu & suppellectile, seu provisione necessariorum ad vivendum. 326

Legatis omnibus mobilibus, venit etiam illa pecunia, quæ ad comparanda immobilia destinata erat. censetur enim illa destinatio revocata. 327

Item illa quæ destinata erant, ut affigerentur domui: non item postquam affixa sunt, nam per affixionem fiunt immobilia. 328

Item pecunia ex rebus immobilibus venditis comparata, nomine mobilium venit: non enim subrogatur rebus immobilibus, nisi materialiter, & ideo eorum naturam non sapit, sicut sapit naturam rerum dotalium pecunia ex rebus dotalibus comparata. 319

Legatis rebus omnibus quæ in tali loco continentur, Iura & documenta ibi contenta non censentur legata, (sicut nec res venales) nisi nihil aliud tempore legati facti ibi contentum fuisset. Siquid præter intentionem testatoris augendi, vel minuendi legatum illatum, aut ablatum fuisset, nec augeret, nec minueret legatum. 332

Si tamen ipsemet auferret, præsumeretur animus minuendi legatum. 330. & seqq.

Quando uni est legata res certa, v. g. fundus, & aliis certæ quantitates pecuniæ, quibus solvendis non sufficit hæreditas, omnes hæredes admittuntur pro rata. 334

Legatario competit imprimis actio personalis ex testamento contra hæredem, ad exigendum legatum, tanquam obligatum ex quasi contractu, sive possideat rem legatam, sive non. Deinde competit actio hypothecaria in omnibus bonis testatoris, quæ ad hæredem pervenerunt, ut ex illis legatum solvatur, apud quemcunque exstiterit. Quod si dominium jam ad legatarium transiit, competit etiam rei vindicatio. 336

Legatum potest peti, ubi existit hæreditas, aut major pars illius: item ubi hæres habet domicilium. 337

Non potest legatarius propriâ auctoritate, etiam non violentâ, occupare legatum post aditam hæreditatem sub pœna Iuris amittendi. Vnde hæredi non solùm competit Interdictum *Quorum Legatorum*, sed etiam post restitutum legatum negatur actio ad petendum legatum. 338

Habent tamen legata paratam executionem, si hæres per annum non exequatur voluntatem defuncti, secundùm *Nov.* t. c. *fin.* Et si ante aditam hæreditatem occupâsset, non amitteret suum jus. eod.

Legata quomodo subjaceant Falcidiæ. Vide *Falcidia.*

Legata Pia.

Legata pia possunt etiam ante aditam hæreditatem peti, & vindicari, quia non attentis Iuris solennitatibus dominium statim transfertur. 336

Legitima.

hæredi accrescit. 493. Unde & in legitima est in tali casu locus juri accrescendi. 494

Si numerus filiorum excedat quaternarium, & exhæredatio constituat filios infrà quinarium, non consequentur reliqui semissem, sed solùm trientem, & exhæredatus non habetur nomine liberorũ, nec ejus pars in hoc casu accrescit reliquis, & sic singuli minùs consequentur, quàm si non fuisset unus exhæredatus, quamvis in alio casu, quo, v. g. essent octo filii, & quatuor exhæredati, plus consequerentur. Unde patet, quòd exhæredati semper habeantur, ac si non extitissent, & ideo nec ad minuendam, nec ad augendam legitimam habentur in numero liberorum. Idem dicendum de filio ex delicto hæreditatis indigno, aut incapaci per ingressum in Religionem. 495

Si quis ex liberis renuntiaret hæreditati, v. g. filia acceptâ dote, renuntiaret legitimæ, tunc videndum, in cujus favorem renuntiet. si in favorem patris, numerabitur inter liberos ad minuendam reliquorum legitimam, & ejus portio remanebit patri ad dispositionem arbitrariam: si in favorem fratrum (quod fit communiter) fratribus ejus portio accrescet, & sic numerabitur inter liberos ad augendam legitimam reliquorum, si, v. g. ipsa constituat quinarium, cui semis debeatur, qui post renuntiationem adhuc reliquis debebitur: & hoc de Iure Bav. est certum. 496

Si filia Statuto exclusa dotē accepit, adhuc numerabitur in numero liberorũ, faciétque partem, sed ità, ut quod in dotem accepit, subducatur, & quod ad legitimæ supplementum spectaret, accrescat filiis masculis. 497

De repudiante non solùm hæreditatem, sed etiam legitimam, idem quod de exhæredato dicendum, attendendo tamen in cujus favorem repudiet. 498

Nepotes concurrentes cum Thiis, plus non accipiunt quàm pater accepisset, & ideo censentur unica persona. & universim non faciunt plures personas, quàm fuerint patres, quia in stirpes succedunt. 499

Si verò ex unico filio aut filia sint nepotes, faciunt numerum, vi cujus variatur legitimæ portio, quia succedunt in capita. Sola tamen repudiatio patris non sufficeret, ut filii aut filiæ facerent numerum. 500

Ascendentium legitima est etiam Triens. de semisse nihil est constitutum, quia non contingit, esse plures quaternario: fratribus autem deberetur, si instituta esset persona turpis, & illi essent plures quàm quatuor. 501

Filius habens fratres, debet matri trientem, fratribus præteritis; si verò fratres instituit hæredes, probabile est, satisfacturum legi, si matri relinqueret partem in proportionalem trientis, quamvis non minùs probabile sit, adhuc matri deberi trientem, quia licèt fratres succedant cum matre ab intestato, possunt tamen præteriri, non item mater.

Relinquenda est legitima titulo institutionis (saltem aliquid illius) ut sic conveniat Ius accrescendi, immissio in bonorum possessionem, & potestas capiendi propriâ auctoritate. 504. & hoc procedit etiam in testamento inter liberos. 505. secùs de fratribus. 506

Si filius re alio titulo relictâ contentus esset, valeret testamentum, nec posset impugnari. 507. Si in re certa, cum aliis hæredibus institutus esset, ageret ad supplementum. 508

Censeretur facta institutio per terminum *Relinquo legitimam*: non item: *relinquo fundum A.* 509. & seqq. Benè tamen: *relinquo Dotem.* 512

Auctis bonis, vel diminutis, augetur hoc ipso materialiter legitima, etiam respectu illius, cui pater (ut posset, sed non tenetur) legitimam ante mortem designâsset. 514

Auctâ vel minutâ post mortem, tempore deliberationis, hæreditate extrinsecè, sive causa præextiterit, sive non, legitima non augetur, nec minuitur. 516

Auctâ vel diminutâ hæreditate intrinsecè, legitima quoque secundùm tale incrementum aut decrementum major vel minor solvenda erit. 518

Si Pater assignet legitimam in re certa (prout potest, etiam in pecunia numerata) debet valor illius adæquate legitimam, alioquin petetur supplementum. item non debet relictum ex circumstantiis respectu filii meritò minoris fieri, eò quòd respectu illius non habeat suam utilitatem. 521. 522

Non potest legitima vel in solo Usufructu, vel in sola proprietate relinqui. Quodsi in solo usufructu constituisset, non propterea testamentum esset nullum, sed filius pro tata legitimæ habebit proprietatem, & insuper in reliquis etiam bonis usumfructum, si cohæres extraneus datus est, secùs si fratres aut sorores. Si sola proprietas relicta esset pro legitima, etiamsi legitimam excederet, tota filio maneret, unà cum usufructu secundùm quantitatem legitimæ. 523

Nec ipse filius, nec hæres universalis, potest certam rem determinare pro legitima altero invito: benè tamen fratres pro dote possent determinare, si aliquo statuto fœminæ excluderentur à legitima. 524

Quodsi hæredes inter se convenire non possunt, nec volunt alterius arbitrio committere, Magistratus ex æquo & bono determinabit,

Lex irritans.

M.

Majoratus.

Metus.

Miles.

Minor.

Mulier.

Mutus.

N.

Noluntas.

O.

Obliquum.

P.

Patronus.

Patronus à liberto hæres institutus, habens substitutum, potest huic relinquere hæreditatem, retentâ portione sibi debitâ. VI. 486

Posthumus.

Posthumus quomodo rumpat testamentum. vid. *Testamentum*.

Posthumus quomodo instituendus, vide *Institutio Posthumi*.

Posthumus non solùm est ille, qui post mortem testatoris natus est, sed etiam ille, qui post factum testamentum vivo testatore, vel per adoptionem fit filius. VI. 435

Alius dicitur *suus*, alius *alienus*, alius *quasi posthumus*. Suus, qui in proximo gradu & in potestate fuisset. Alienus qui non fuisset, ut natus ex filio emancipato, vel ex fratre nepos. eod.

Quasi posthumus, qui natus ante testamentum fit suus post testamentum. 436

Præteritio.

Quomodo reddat testamentum nullum, vid. *Testamentum Parentum*.

Item, *Institutio*.

Princeps.

Posset Princeps reddere alicujus testamentum irrevocabile, quemadmodum per Religiosam Professionem fit irrevocabile. Hæres scriptus tamen ante mortem nullum Ius acquireret. Posset deinde illud ipsum testamentum iterum à Principe fieri revocabile. VI. 197

Prodigus.

Prodigus cui bonis interdictum est, non potest facere testamentum. priùs tamen factum sustinetur. VI. 226. 242

Neque pro testamenti valore sufficeret, si nulla prodigalitas appareret in testamento. sicut nec in pupillo sufficit, quòd malitia suppleat ætatem. Valeret tamen, si à Principe restitutus esset, retentis Curatoribus, quippe qui non ad valorem actûs, sed ad securiùs agendum adjuncti censerentur. 243

Professus. Professio.

Quomodo per Professionem firmetur testamentum priùs factum. Vide *Religiosus*.

Quomodo eidem competat distributio Bonorum inter liberos. eod.

Pupillus.

Quomodo ei possit substitui. Vide *Substitutio Pupillaris*.

Q.

Querela inofficiosi.

Inofficiosum testamentum est, quod certis personis immeritò exhæredatis non officio pietatis factum videtur: cujus impugnandi remedium extraordinarium jure civili introductum est Querela inofficiosi, quâ quis petit ejusmodi testamentum rescindi. VI. 613

Dicitur *extraordinarium*, quia quamdiu ordinarium remedium superest, illud prius usurpandum, cum quibus tamen concurrere potest querela. eod.

Est actio propriè dicta, & non mera imploratio officii Iudicis: multò minùs est accusatio. 614

Potest cum Hæreditatis petitione in eodem libello cumulari. 615

Querela inofficiosi ob causam exhæredationis non probatam inter ascendentes & descendentes, est jure novo sublata, & testamentum ipso jure est nullum, theoricè rem examinando. VI. 385. & fusiùs 616. & seqq.

In praxi tamen videtur contrarium obtinere, & ideo datur querela liberis nô legitimè à patre exhæredatis, ob causam etiam non probatam, aut in testamento matris vel avi materni etiam præteritis, utriusque sexûs tam emancipatis, quàm in potestate constitutis. Posthumi cùm non possint causam exhæredationi præbere, non possunt hodie exhæredari ut valeat testamentum, & ideo querelæ non est locus, nec opus illâ. 620

2. Competit Querela arrogatis & adoptatis à persona non extranea, adeoque ab ascendente. Liberis verò naturalibus illegitimis datur solùm adversùs matris, vel avi materni testamentum, nisi mater illustris esset, & liberi legitimi superessent. 621

3. Datur querela parentibus adversùs testamentum liberorum, etiam emancipatorum in quo præteriri, vel iniquè exhæredati sunt. 622

Casu quo quis, exhæredato filio patrem præterit, si filius querelam movens obtinet, pater excluditur à querela: si succumbat, pater admittitur tanquam præteritus. Pari modo si filius legitimè exhæredatus probaretur, nepos præteritus non posset quidem testamentum nullum dicere, sed tamen querelam movere. 623

Que-

Renunciatio.

Repræsentationis Ius.

Rescißio.

Res Incorporales.

Rusticus.

S.

Servus.

Societas IESV.

Solennitates.

Spurius ex damnato coitu.

Subscriptio.

Substitutio. Substitutus.

Subſtitutio Vulgaris.

Substitutio Pupillaris.

Est Substitutio directa & simplex, quâ testator libero impuberi in potestate ipsius constituto, neque per mortem ipsius in potestatem alterius recasuro, hæredem substituit, qui impuberi ipsi sit hæres. VII. 52

Facit eam pater (non mater) in suo testamento, quo simul facit testamentum impuberi. eod.

Dicitur autem hujusmodi testamentum aliquando esse unum, aliquando duplex, ratione duplicis hæreditatis, & unius formæ. 53

Etiam posthumo in utero existenti tempore mortis, potest pupillariter substitui, dummodo esset in patria potestate nasciturus tempore mortis patris. eod.

Si Pater factâ pupillari substitutione profiteatur in Religione capaci successionis, sicque solvitur patria potestas, substitutio pupillaris exspirat, & pupillo deinde in pupillaribus decedenti succederent hæredes ab intestato, pater & Monasterium. Secùs si profiteretur in Religione incapaci successionis. Nam talis Professio habet omnes effectus mortis naturalis. Si per Vota Simplicia solveretur patria potestas, tunc substitutio pupillaris ideo evanesceret, quia testamentum patris non est adhuc morte naturali, aut civili confirmatum. 54. & seqq.

Præterea, ut subsistat substitutio pupillaris, non debet pupillus mortuo testatore recidere in alterius patriam potestatem. 58

Jure novo, etiamsi filius impubes esset præteritus, aut non jure exhæredatus, aut ex præteritione alterius filii testamentum corrueret quoad institutionem, sicut tamen sustineretur quoad legata, & fideicommissa, sic etiam quoad substitutionem pupillarem. 59

Non solùm filiis naturalibus legitimis, & nepotibus in potestate existentibus, sed etiam arrogatis, aut adoptatis transeuntibus in potestatem adoptantis, potest substitui pupillariter quoad illa bona, quæ ab adoptante, aut ejus intuitu pupillus acquisivisset. 60

Ut evanescat substitutio, debet ultimus annus pupillaris esse completus per inchoationem ultimi diei illius anni, quo jam potest ipse pupillus facere testamentum. 61

Sine exceptione tenendum est, neminem paganum posse pupillariter substituere non constituto in sua patria potestate. 62

Substitutio pupillaris convalescit per supervenientem patriam potestatem, tanquam conditionem sub qua facta est substitutio. 63. 64

Probabiliter tamen patriâ potestate per dignitatem filii solutâ, substitutio pupillaris non evanescit. 65

Si, malitia supplente ætatem, filius acquireret legitimam prolem ante pubertatem, evanesceret substitutio pupillaris, secùs non evanesceret. 66

Si ex defectu solennitatum testamentum est nullum, substitutio pupillaris est nulla: si haberet, quæ sufficiunt ad testamentum inter liberos, & substitutus etiam esset ex familia, valeret, secùs si esset persona extranea. 67

Substitutio pupillaris expressa continet tacitam vulgarem, & econtra. Unde ut tota substitutio evanescat, necesse est, ut filius sui patris hæres existat, & pubes fiat. Quod si hæres quidem existat, sed decedat impubes, Caius non quidem testatori, sed filio succedit in utramque hæreditatem, vi substitutionis pupillaris. Si verò filius non existat hæres, tunc substitutus erit hæres testatoris, ex substitutione tacita vulgari. 69

Econtra si substitutio fuisset expressa vulgaris, contineret tamen tacitam pupillarem, & tunc succederet substitutus testatori ex vulgari expressâ, si filius non esset hæres: si verò esset hæres, sed decederet impubes, hujus esset hæres substitutus ex tacita pupillari. 70

Potest etiam verbis generalibus fieri substitutio, quæ sit expressa tam pupillaris, quàm vulgaris. Quod si ex duobus institutis unus tantùm capax esset substitutionis pupillaris, & essent invicem substituti verbis generalibus, censerentur solùm ad invicem vulgariter substituti, & impuberi nemo esset pupillariter substitutus, & sic in hoc casu substitutio vulgaris non contineret pupillarem, quia præsumitur pater noluisse inæqualem substitutionem facere. 72

Substitutio pupillaris facta illi cui fieri non potest, ex præsumpta voluntate testatoris adhuc valeret in vim vulgaris substitutionis. 73

Si substitutio pupillaris quâ talis est invalida, interest, ex quo capite sit invalida, an ex defectu solennitatum, an ob defectum personæ sive substituentis, sive cui substituitur, ut constet, an habeat vim fideicommissi. Affirmandum enim est, si inutilitas præcisè provenit ex primo capite, item si quidem ex secundo capite, substitutio tamen facta est in Codicillo & non in testamento. itaque tali casu, si is qui fuit hæres institutus, & cui pupillariter substitutum est, si intra pupillarem ætatem decedat, debent ipsius hæredes ab intestato venientes restituere omnia substituto (deductâ Trebellianicâ) quæ ex bonis testatoris ad talem pupillum hæreditario jure pervenerunt. Si verò inutilitas substitutionis

tionis proveniat ex secundo capite, & est facta in testamento valido, tunc non habet vim Fidricommissi, sed præcisè convertitur in substitutionem vulgarem. 74

Substitutus pupillariter sive in primo sive in secundo gradu (si in primo gradu substitutus hæres non sit) succedit in omnia bona pupilli undecunque acquisita. 75

Si tamen facta esset duplex substitutio pupillaris, quamvis dicendum videretur, quòd deficiente primo gradu ad substitutum secundo gradu pervenire deberent bona instituti, etiamsi jam consecutus esset bona primo gradu substituti, attamen in lege 47. ff. h. t. contrarium respondetur. 76

Quamvis impubes hæreditatem paternam imprudenter adierit, quia tamen substantia patris eum substantia filii eo usum patrimonium confusa est, non potest quidem substitutus pro libitu hæreditates separare, & unâ repudiatâ alteram adire, potest tamen uti beneficio restitutionis ad se à filio tanquam ad hæredem transmisso. 77.78

Si pupillus hæreditatem paternam repudiet, & in pupillari ætate decedat, an adhuc substitutus admittatur, distinguendum est. Si enim nullum habuit pupillus cohæredem, tunc tabulæ pupillares sustinentur Iure Suitatis, vi cujus ipso Iure fuit hæres absque aditione. Si verò habuit cohæredem extraneum, tunc interest, an ambo repudiaverint hæreditatem, tunc testamentum censeretur destitutum (nisi ipse substitutus ob vulgarem tacitam adiret) & substitutio evanesceret, nec Ius Suitatis prodesset. Prætor tamen servaret pupillo substitutum, si hæreditas adiretur ab inrestato. Si verò cohæres adiret, tunc substitutus volens succedere pupillo, etiam consequetur portionem paternam, & adire cogetur. 79. 80

Per substitutionem pupillarem expressam alicujus extranei, etiam verbis generalibus conceptam, excluditur mater etiam quoad legitimam per substitutum. 81. & seqq.

Item per vulgarem tacitam excluditur ab hæreditate mariti, qui nihil tribuetur uxori relicquere. 89. Imò probabiliùs etiam mater testatoris excluderetur, ob similem rationem, quia testator non tenetur suæ matri relinquere legitimam, quando habet descendentes. 90

Si substitutio est tantùm tacita pupillaris, tunc ex præsumptione de voluntate testatoris excludetur mater, si vel causâ pia pro bono animæ defuncti, vel aliquis descendens, aut valde conjunctus, ut frater, est substitutus. 85. & seqq.

Cessante hujusmodi præsumptione, probabilis quidem & tuta sententia est, substitutum à matre quoad legitimam excludi, quando tantùm pupillaris tacita est substitutio facta: sed theoricè probabilius est, matrem à substituto excludi, secundùm præsumptam voluntatem testatoris, & quia Tacitum & Expressum eandem vim habent, quando leges non resistunt. 91. & seqq.

Pupillaris substitutio exspirat 1. Si pater patiatur maximam capitis diminutionem. 2. Si fecit novum testamentum omissâ substitutione. 3. Si is cui substitutum est, fiat pubes. 4. Si arrogetur, vel adoptetur ab ascendente. 5. Si substitutus ante pupillum decedat. 6. Si desinat patria potestas ante mortem testatoris. 98

Exspirante substitutione pupillari per supervenientem pubertatem, non propterea exspirat tacita vulgaris, adeoque repudiante filio hæreditatem patris, substitutus omnibus præfertur, utpote quem testator præ omnibus dilexit, filio excepto. 99

Substitutio pupillaris non restringit vulgarem, vel ad summum negativè: *Si hæres non erit intra pubertatem.* quæ conditio sufficienter impletur, etiamsi ad pubertatem veniat pupillus, & hæreditatem repudiet. 100

Clausula illa, seu conditio: *Si intra pupillarem ætatem decesserit,* pertinet solummodo ad hæreditatem pupilli obtinendam si existat: non autem pertinet propriè ad vulgarem, cujus propria conditio est: *Institutum non esse hæredem.* 100

Quandocunque filius Institutus abstineat, repudiatio retrotrahitur ad tempus mortis testatoris: & sic semper fingitur facta repudiatio infra tempus ætatis pupillaris, fiétque locus substitutioni vulgari tacitæ. 105

Si paganus ultra annos pubertatis substitueret, valeret substitutio solùm usque ad annos pubertatis. Quodsi intra minorem ætatem v. g. ad decimum annum substituat, elapso eo tempore evanescit substitutio. 103

Substitutio pupillaris hoc modo concepta: *Quisquis mihi hæres fuerit, sit & filio meo impuberi hæres*: evanesceret, deficientibus hæredibus in testamento scriptis, nam ad hos solos extendetur ex mente testatoris. 103

Substitutio Exemplaris.

Dicitur etiam quasi pupillaris, ad cujus exemplum est introducta, & definitur: Substitutio simplex & directa, quâ pater aut mater, aut alius ex ascendentibus, liberis furiosis mente captis hæredes substituunt. 104

Conceditur in lege 9. *C. de Impub. Subst.* ubi humanitatis intuitu parentibus indulgetur, ut si filium, nepotem, vel pronepotem cujuscunque sexûs habeant mente perpetuò captum, liceat illis, relictâ legitimâ portione substi-

ſubſtituere hæredem, niſi reſipuerint. Et quidem, ſi iliis nulla proles deſcendentium ſit, licet ſubſtituere quemcunque. Si verò ex hujuſmodi mente capto deſcendentes ſuperſint ſapientes, aliqui ex his, unus vel plures ſubſtituendi ſunt. Quodſi ipſi teſtatori ſiot liberi ſapientes, non verò mente capto, aliquis vel plures ex fratribus ſubſtituendi ſunt. eod.

Extenditur etiam ad furioſos, utpote qui plusquam mente capti ſunt. 105

De Mutis & Surdis à natura, cùm vix videantur differre à mente captis, idem concedi poteſt. De Prodigis videtur potiùs negandum, cùm laborent vitio voluntatis, item Surdi & Muti ſi poſſint ipſi teſtati, etiam illis eſt negandum. 106

Si tam pater, quàm mater ſubſtitutionem facerent, communior quidem eſt opinio, ſubſtitutionem matris corruere, ne quis paganus cum duobus teſtamentis decedat, quod Iura generaliter non permittunt, niſi militi. Verùm in caſu poſito hoc non eſt magis inconveniens concedere, quàm quòd amens partim teſtatus, partim inteſtatus decedat, quia pater in ſolis bonis paternis ſubſtituere poteſt. Cùm ergo matri ſit data poteſtas etiam vivo patre ſubſtituendi, & humanitatis ſit, filium in univerſis bonis habere hæredem poſſe, probabilius eſt, utramque ſubſtitutionem valituram, ità ut ſubſtitutus à patre conſequatur bona paterna, ſubſtitutus à matre bona materna, cætera æqualiter dividerentur. 107. & ſeqq.

Deficientibus deſcendentibus & fratribus, nulla eſt obligatio patris, ut ſubſtituat matrem, vel econtra mater patrem, ne quidem quoad legitimam, ſicut dictum de ſubſtitutione pupillari, quam exemplar s imitatur exceptis illis, quæ per leges excipienda ſunt. 112

Ratio favendi fratribus præ parentibus eſſe poterat, quòd illi plerumque diutius ferre debeant moleſtias amentis fratris. eod.

Probabiliter tenetur pater ſubſtituere conſanguineos præ uterinis, & econtra mater uterinos, ſi nolint ſubſtituere omnes. eod.

Non ſolùm puberibus, ſed etiam impuberibus amentibus poteſt exemplariter ſubſtitui, ob majorem commoditatem hujus, quàm pupillaris ſubſtitutionis. 113

Poteſt ſubſtitui exemplariter legitimè exhæredato amenti, ſicut pupillariter poſſe dictum eſt. 114

Filio tamen non legitimo non poteſt exemplariter ſubſtitui, ſicut nec pupillariter. 115

Si pater amenti filio ex quo exſtant nepotes, ſubſtituit exemplariter, debet probabiliùs deſcendentibus ſaltèm legitimam relinquere quos non ſubſtituit: cùm ſint jam aliquo modo Domini bonorum paternorum. 117

Si pater filio amenti non reliquiſſet totam legitimam, locus non eſſet querelæ, ad totam ſubſtitutionem evertendam, ſed ad ſupplementum agi poſſet. 119

Lucida intervalla, non tollentia penitùs amentiam, non enervant ſubſtitutionem, niſi in illis ipſemet teſtamentum feciſſet. Debet ergo fieri probabile, quòd amentia ſit radicitùs ſublata. 121

Subſtitutio exemplaris generalibus terminis concepta, continet alias ſubſtitutiones tacitè, ſi ſubjectum capax eſt, v. g. Filio meo mente capto ſubſtituo Cajum. 122

Si verò expreſsè diceretur: *ſi in amentia deceſſerit*: tunc redeunte mente evaneſcerent ſubſtitutio pupillaris & exemplaris, non tamen vulgaris. 123

Subſtitutio Fideicommiſſaria.

Subſtitutio Fideicommiſſaria, eſt ſubſtitutio ſimplex & indirecta, quâ hæres ab inteſtato, vel teſtamento inſtitutus gravatur reſtituere alteri hæreditatem totam, vel quotam illius. VII. 125

Cùm fideicommiſſum accipiendum ſit ab eo qui verè eſt hæres fiduciarius, evaneſcit hæc ſubſtitutio, ſi nemo velit eſſe hæres, (exceptâ fortè causâ piâ. 127.) Nam ante aditam hæreditatem non habet Ius abſolutum. Item corruit, ſi fiduciarius moriatur ante teſtatorem: item ſi fideicommiſſarius moriatur ante fiduciarium, nec habeat aliũ in ſecundo gradu ſubſtitutum, nec tranſmittat ad ſuos hæredes. 125

Subſtitutus etſi accipiat hæreditatem à fiduciario, non tamen dicitur huic ſuccedere, ſed teſtatori mediante officio hæredis. 126

Si fideicommiſſum relinquatur familiæ, in qua per varios gradus ſuccedunt, v. g. in Majoratu, tunc primus quidem ſubſtitutus accipit fideicommiſſum ab hærede, cæteri verò poſt primum accipiunt immediatè à primo teſtatore, vel Inſtitutore propriâ auctoritate ſine Miniſterio præcedentis, adeundo per ſe hæreditatem inſtar proprii hæredis, & non ut fideicommiſſarius, & ideo ſolus primus hæres detrahit Trebellianicam. eod.

Fideicommiſſum poteſt non ſolùm in teſtamento, ſed etiam in Codicillo, & ab inteſtato relinqui, item in Epiſtola, libello, imò ſolo nutu, ſine verbis formalibus. 128

Non poteſt relinqui, niſi illis qui poſſunt directè inſtitui, ne lex reddens incapaces inſtitutionis eludatur. 129

Poteſt tamen relinqui reſtituenda primùm ex certo die. 130

Non

Non requiruntur verba deprecatoria, sed fieri potest quibuscunque significantibus voluntatem obligandi ad restituendum. 131

Restitutâ hæreditate, is qui restituit, nihilominus hæres permanet: quod in realitate aliud non est, quàm quòd ipse posset adbuc actionibus directis conveniri, quamvis eas posset exceptione restitutionis factæ elidere: quam si omitteret opponere & solveret, posset solutum repetere à fideicommissario. 133

Fideicommissarius dicitur aliquando esse loco hæredis, nempe quando restitutâ hæreditate illi actiones utiles passivè & activè conveniunt.

Si res aliqua particularis fuit restituenda, habetur loco legatarii. eod.

Senatus-Consulto Trebell: constitutum est, ut si hæreditas ex causa fideicommissi restituta est, actiones quæ hæredi & in hæredem competebant, omnes in fideicommissarium activè & passivè transferrentur. eod.

Fideicommisso non comprehenditur res particularis prælegata hæredi. eod.

Fideicommisso gravari possunt omnes, ad quos aliquid perventurum est morte testatoris relinquentis, vel saltèm non adimentis, quantùm in se est. Vnde filius præteritus, aut exhæredatus non potest gravari fideicommisso, etiamsi hæreditatem rescisso testamento consequatur, quia contra voluntatem patris consequitur hæreditatem. 134

Non solùm res propriæ testatoris, sed etiam res aliorum, imò eorum qui gravantur, possunt per fideicommissum relinqui, dummodo non plùs graventur, quàm honorentur. 135

Jussus restituere portionem suam, debet etiam prælegata restituere, nisi addatur: *hæreditariam*. Quodsi solùm restituere jubetur, prælegata probabiliter non comprehenduntur, quia restitutio institutioni censebitur ex intentione testatoris respondere. 136

Si hæres spontè restituat totam hæreditatem, ne quidem quartâ Treb. retentâ, hæres ab omnibus oneribus liber est. Si recuset adire hæreditatem, cogitur adire, & negatur illi quarta. 137. Quamvis probabile sit Iure novo cogi non posse, quia hæreditas defertur statim ipsi fideicommissario. 381

Potest fieri substitutio etiam primo, secundo, &c. Fideicommissario. Sed solus primus hæres detrahit Trebellianicam, nisi ille neglexerit. 138. v. *Trebellianica*.

Neglectis solennitatibus requisitis ad probandum fideicommissum, hæres sciens voluntatem defuncti, & negans suæ fidei aliquid commissum esse, potest illi fideicommissarius juramentum deferre, præstito priùs iuramento calumniæ, & si jurare recuset, habetur pro confesso, & restituere cogitur, sicut etiam si postquam priùs negavit, deinde confessus est: sicque permittitur in propria causa esse Iudex & testis. Est ergo hoc singulare: cùm alioquin qui nihil probavit, juramentum deferre non possit, & delatum possit referri. 139

Sed tamen probabile videri posset, quòd ante Iudicis sententiam non teneretur in conscientia restituere, quòd ex legibus colligatur, in pœnam præcedentis negationis cogi restituere. Nisi inter ipsum & testatorem pactum intercessisset. 140

Probabiliùs tamen distinguendum est inter hæredem ab intestato, & eum qui honoratus est in testamento. Prior, si nolit obligari ad restituendum fideicommissum, adhuc succedet ab intestato, cùm hæreditatem à lege accipiat: ergo non apparet unde, absque pacto, obligetur in conscientia: quin potiùs non obligari videtur supponi in *l. 23. C. de Fideicom.* Secundus obligatur in conscientia, quia voluntati defuncti non contradicendo consentire censetur in obligationem ad fidem servandam. 142

Si fideicommissum relictum est simpliciter, & statim ab adita hæreditate restituendum, fideicommissarius moriens post quam dies cessit, transmittit ad hæredes, secùs si relictum est sub conditione futura, & mortuus est ante quam dies cessit. 143

Si filio per fideicommissum profano extraneo relictum gravato postea præter spem liberi nascerentur, substitutus à liberis excluderetur ex præsumpta voluntate, testatoris, secùs si causa pia strictè sumpta, hoc est, pro salute animæ promovenda substituta esset. 144

Non potest fideicommissarius ante factam sibi restitutionem jus suum alteri cedere, aut vendere, aut donare, &c. ad hunc finem, ut ille tertius possit compellere hæredem gravatum, ut adeat hæreditatem, & sibi fideicommissum restituat, utendo remediis fideicommissario concessis. Neque transferuntur actiones in fideicommissarium casu quo illi hæres restituat ante diem cessum, seu antequam deberet. 147

Non exspirat substitutio, etiamsi hæres decedat ante aditam hæreditatem, si decessit post Jussum seu Iudicis decretum, adeoque hæres hæredis tenebitur adire & restituere. Quando autē transmittitur hæreditas gravata ad hæredes, seu jure suitatis seu sanguinis,

guinis, seu deliberandi, cum suo onere transmittitur. 148

Modi restituendi fideicommissum recensentur in *l. 37. ff. ad Trebel.* ut reipsâ permittendo res possideri, verbo, Epistola: restituendo alteri ex voluntate fideicommissarii. Pupillus cum tutore, nisi sit infans. & *l. 7. §. 1. C. eod.* si hæres decedat sine hærede, aut contumaciter absit, ipso jure actiones transferuntur. 149

Restitutio non tealis transfert quidem dominium, sed non possessionem, competitque ad eam à possessore particulari consequendam *Fideicommissaria hæreditatis petitio.* Semel adeptâ possessione, & iterum amissâ competit utilis rei vindicatio. 150

Fructus collecti vivo testatore. & reperti tempore mortis, & pendentes, sunt fideicommissario restituendi. item percepti post restitutionem verbalem, vel quamcunque sine possessione. Percepti ab hærede solùm gravato sub conditione aut in diem, fructus interim perceptos hæres computat in Trebellianicam, sed superfluos lucratur, quos tamen non lucratur, si tardavit restitutionem. Si sponte adivit hæreditatem, fideicommissarius autem neglexit petere restitutionem, non fuut restituendi fructus. si verò coactus adiit, percepti jacente hæreditate restituendi sunt. 151

Si Fideicommissum ità relictum sit, ut restituatur, quidquid tempore mortis superetit, non tenetur restituere plus quàm quartam jure novo, & si hanc restitueret etiam in vita, & cætera omnia conservaret, ad nihil amplius teneretur. Imò & quarta hæc diminui posset ex causa dotis seu propter nuptias donationis, seu captivorum redemptionis, vel si non habeat hæres, unde faciat expensas. 152

Pars cohæredis non gravati non accrescit hæredi gravato, sed fideicommissario. 153

Si quid restituendæ hæreditatis pereat, non tenetur hæres nisi de culpa lata. 154

Jus sepulchrorum non transfertur in fideicommissarium. 155. Benè tamen Jus patronatus seu præsentandi ad beneficium. 156

Factâ duplici substitutione, vulgari & fideicommissariâ, penes substitutum est electio, potéstque hæredem cogere, ut adeat hæreditatem, ex præsumpto favore testatoris, qui vulgarem substitutionem videtur solùm adjecisse in casum impotentiæ, casum verò Noluntatis videtur voluisse excludere per substitutionem fideicommissariam. 158

Si filio hæredi instituto substitutus sit nepos tunc existens quoad excessum ultra legitimam, si deinde nascantur alii nepotes ex eodem, ex circumstantiis conjectura capienda est, an testator voluerit substitutionem ad priorem nepotem, fortè ob ejus præclaram indolem, vel quid simile, restringere. 160

Pluribus hæredibus in partibus inæqualibus institutis & invicem substitutis indirectè restitutio censetur ex præsumpta voluntate facienda secundùm proportionem inæqualium partium relictarum. 160

Substitutio Breviloqua seu Reciproca.

Definitur: Composita multarum personarum ad invicem seu reciprocè Substitutio. Est enim complexum quoddam ex pluribus simplicibus substitutionibus, paucis verbis expressa: Dicitur Reciproca, quasi retroducta, repetita & reflexa inter personas, per ordinem ad quas multiplicatur, absque respectu ad diversa tempora, qualis est Compendiosa. 161

Requiruntur verba ejusmodi, quibus significetur hæredes institutos sibi invicem substitui in casum noluntatis aut impotentiæ. 162

Ex qualitate personarum institutarum colligendum est, qualea substitutiones simplices complectatur Breviloqua.

Quandoquidem verbum *Substituo* recipit tam sensum directæ quàm fideicommissariæ Substitutionis, ideo in casu quo vulgaris substitutio Inutilis esset, censetur contineri substitutio fideicommissaria inter cohæredes extraneos.

Potest ergo substitutio Breviloqua plurimas substitutiones simplices continere, adeo ut si v. g. quatuor filii impuberes sibi substituerentur, possent contineri 32. substitutiones. 163

Illæ tamen substitutiones non continentur, quarum unus ex institutis solus capax est. 164 comparatus cum incapaci. 165

Propter similitudinem inter pupillarem & exemplarem substitutionem, si impubes & mente captus in vicem substituerentur, tam pupillaris ex parte pupilli, quàm exemplaris ex parte mente capti subintelligeretur. 166

Si in eodem testamento fiant plures ordines hæredum, v. g. duo instituuntur in sextante, duo in triente, duo in semisse, & addatur: *Et hos invicem substituo:* præsumitur voluisse tantùm respectivè substituere illos, qui in eod. ordine instituti sunt. 168

Si duobus simul legatur res certa, adjectâ clausulâ, ut ultimò decedens fundum alteri restitueret, conferentur legatarii quoque invicem substituti. 169

Si duo-

Si duobus institutis aliquis communis substituatur, tunc si instituti sint liberi, censentur invicem sibi substituti cum exclusione substituti communis, secus, si extranei. 170

Substitutio Compendiosa, & Militaris.

Est Substitutio, quæ plures quoad diversa tempora substitutiones complectitur, verbis saltem generalibus expressas. 171. Dicitur complecti plura tempora per vocem *Quandocunque decesserit.* quod est intelligendum, cum respectu ad conditionem & qualitatem personæ, à qua dicitur aliud tempus Impubertatis, aliud Pubertatis, aliud amentiæ, aliud sanæ mentis, aliud mortis. eod. ubi vide exemplum.

Privilegium Militis est, quòd possit hæredi à se instituto, quicunque ille sit, substituere directè, & etiam ad tempus quod illi placuerit, ità, ut etiamsi dicat *post tempus*: Substitutio tamen sit directa: & hæc est maximè propria substitutio compendiosa. 172

Valet autem in illis tantùm bonis, quæ ab ipso testatore proveniunt. 173 ubi vide exemplum.

Per substitutionem directam puberi filio factam à milite, probabiliter excluderetur mater. 175

Substitutio compendiosa potest fieri generaliatè expressâ verbi: *Quandocunque*: imò & tacitè: *Si moriatur*: ac expressis specialiter substitutionibus. 177

Verba obliqua nunquam fiant directa, sicut recta quandoque obliquantur, & ideo substitutio compendiosa per verba obliqua nullam continet substitutionem, nisi fideicommissariam: nisi fortè causa pia esset substituta. 178

Si substitutio compendiosa fiat terminis directis civilibus, (h. e. non communibus) hoc modo: *Quocunque tempore filius decesserit, sit hæres Cajus*: præsumendum de jure est, quòd non voluerit testator gravare hæredes ab intestato fideicommisso, ne quidem quoad propria sua bona, in quibus filius hæres exstitit post pubertatem, & cum suis bonis confudit, adeoque non continetur substitutio fideicommissaria. Aliud dicendum si verbis communibus usus esset. 179 & seqq.

Imò nec tunc videntur verba directa obliquari, quando facta esset substitutio cum clausula: *Si filius sine liberis decesserit.* sed testator videtur solùm prospicere casui quo hæreditas nec agnita, nec ad filios transmissa esset. 185

Substitutus compendiosè in re certa per verba communia, si filius sine liberis decesserit, substitutus habetur instar legatarii. Si verò per verba civilia directa fuit filius institutus in re certa, si filius sine liberis decedat, nec sit hæres, substitutus totam hæreditatem consequetur, patre trahente ad se totum. 186

Si pupillo fuerint dati duo substituti, unus per verba directa in re, vel portione certa, alius verò substituatur per verba obliqua in omnibus bonis, primus accipiet totam hæreditatem, sed secundo restituet detractâ Trebell. 188

Si quis sit pupillariter substitutus per verba obliqua in re certa, & alter substituatur in aliis bonis per verba communia, hæc trahitur ad omnia bona, & verbum commune dir750ctabitur, cùm nullus alius sit hæres. 189

Si filio habenti cohæredem sint duo substituti, Titius in re certa verbis obliquis, Cajus etiam in re certa verbis communibus: substituti redigentur ad fideicommissum, & cohæres solvet substitutis fideicommissum. Secùs, si nullus cohæres datus esset. 190

Si impuberi substituatur Titius in re certa verbis directis, Cajus verbis communibus, Titius erit hæres universalis, Cajus instar fideicommissarii obliquatò verbo communi. 191

Si testator instituit pupillum cum clausula; si moriatur sine liberis, vel liberi ejus (nepotes) sine liberis, restituantur bona sua Titio Iure fideicommissi, censentur etiam nepotes honorati, & instituti hæredes, quia gravati restituere. 192

Suitas.

Est hæredum qualitas, qui primum in potestate patria locum tenent, continuationem dominii, necessitatémque Successionis ipso Iure inducens. VI. 379

Suitas etiam posthumis convenit, fingente Iure, quòd fuerint in potestate. 380

Item eâdem Iurisfictione retinet filius Suitatem factus Episcopus aut Monachus. 381

Eadem Suitas probabiliter convenit nepoti posthumo concepto vivo avo, & post mortem patris nato. eod.

Suitatis Ius quousque conveniat Emancipatis. Vide *Emancipatus.*

Surdus.

Surdus & Mutus à natura, neque Testamentum facere, nec Codicillos, nec fideicommittere, nec mortis causâ donare potest, nec manumittere. Si per accidens talis est, & litteratus est, potest testamentum, & cætera scriben-

scribendo perficere. Si solùm est Surdus, potest articulatè loquendo testari, &c. Si solùm Mutus, etiam à natura, modò scribere sciat, eadem potest.

T.

Tacitum, & Expressum.

EAndem vim habent, quando Leges non resistunt. VII. 93

Vitiato Expresso, tunc solùm viciatur Tacitum, quando Tacitum innititur Expresso tanquam magis Principali, non item quaodo est æquè principale, ut in substitutione vulgari & pupillari. 103

Testamentum.

Testamentum communiter, sed minùs accuratè, definitur ex *l. 1. ff. qui test. fa. pos.* Voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit. VI. 1

In testamento possent solennitates esse non substantiales. 2

Differt testamentum ab aliis voluotatibus per directam hæredia institutionem. 3

Testamentum meliùs definitur: justa, & ultima ac fundamentalis voluntatis nostræ sententia, quâ absque speciali priv legio directè Iurium nostrorum universalem successorem instituimus. Sic est intelligenda definitio Modestini. Alioquin non satis excludit alias ultimas voluntates. VI. 4. 5

Potest largo modo dici Contractus, & in favorabilibus hoc nomine veniret. 9

Testamenti factio permittenda erat non solùm ad cavendas vitæ insidias à successuris ab intestato, sed etiam tanqoam incitamentum vivendi frugaliter, & congregaodi divitias in bonum Reipub. & ut quis posset consulere animæ suæ. 11. 12. 13. Et ob hujusmodi rationes est Iuris naturalis, quia naturæ consentaneum, posse facere testamentum. 14

Nisi lex approbaret testamenta, bona defunctorum essent vacantia, & fierent primò occupantis, & hoc sensu testamenti factio est Iuris civilis. eod.

Item est Iuris publici. 16

Dividitur in Testameotum ad causas pias & profanas: inter liberos, & extraneos: in Paganum & militare. Rustici, Cæci, Surdi, Muti. 17. Scriptum, & Nuncupativum. 18

Testamentum scriptum. ejúsque Requisita.

Ad testamentum scriptum requiritur 1. ut nomen hæredis, vel ipse testator per se, vel per alium scribat. Si per se scripsit, hoc ipsum in scriptura dicendum est. Item per Const. Imp. & Iure Bavar. propriâ manu subscribat, vel octavum testem adhibeat. Si per alium: etiam jure communi debet ipse subscribere, vel octavum testem eo nomine adhibere, qui in præsentia cæterorum subscribat. VI. 19. 79

2. Septem testes idonei (per se loquendo) masculi, puberes, liberi, rogati, præsentes, qui testatorem audiaot, & videant, suum nomen subscribant, sigillent. Si sigillo alieno? hoc exprimant de Jure Bavarico, quo etiam requiritur, ut major pars proprio sigillo utatur. Imperiti per alium subscribant, & hoc exprimant. Vocari non est necesse. satis est, præsentes rogari. 20

Domestici, (h. e. quorum alter in alterius patria potestate, vel ambo io pot. pat. tertii sunt) testatoris, aut hæredis, & ipse hæres testes esse oon possunt. 21

Filius emancipatus hæredis, aut testatoris potest esse testis. (non item pater in testamento filiifam. de bonis Castrensibus) sicut & legatarii & fideicommissarii particulares. 21

Subscribaot singuli suum & testatoris nomen. Jure Bavarico saltèm duo nomen testatoris scribant, modò cæteri ad illos se referant: & sufficit si major pars testium suâ manu subscripserit, cæterorum loco qui scribere nesciunt, alius consestis, & hujus subscriptionis mentio fiat. 22. 117. 118. 119. 120. 121. Jure Bavarico sigillum prætex insignia in clypeo debet continere cassidem. 122. Et hæc omnia fiant uno contextu, sine morali interruptione per actus ad hunc actum non spectantes. 23. 113. Expressio temporis non est de substantia testamenti. 26

Testamentum Nuncupativum.

Non est opus subscriptione, aut sigillo, aut ullâ scripturâ. De ejus essentia est Nuncupatio hæredis, qoâ indubitanter innotescat testibus: sufficeret tamen, si testibus præsentibus nomen scriberet, aut scriptum legendum exhiberet. 24. & 57

Testamentorum solennitates.

Testamentorum Solennitates supplentur declarando suam voluntatem apud acta, vel precibus Principi oblatis. 25. 99

Testamentum Solennitatibus, aut eorum suppletione

Testamentariorum Testium numerus.

Testium rogatio, & præsentia.

Non est necesse, ut rogatio sit causa conveniendi, satis est, ex quacunque causa præsentes moneri, & peti, ut velint testes esse. 104

Est etiam de Iure Canonico hîc rogitus necessarius in testamento ad causas profanas. 105. Non item ad causas pias. 106. Sufficit autem rogari ab alio nomine testatoris, imò absque mandato, eo tamen consentiente. 108

Præsentia testium major requiritur, quàm ad alios contractus. nam non solùm audire, sed etiam videre debent testatorem. 109 adeo, ut etiam agnoscant, & faciei lineamenta discernant, & si personam antè forte non noverint, possint tamen faciem describere aliis qui noverunt. 110

Tempore pestis sævissimæ non requiritur plus quàm ut audiant loquentem & vocem agnoscant; nec est necesse ut eodem tempore præsentes sint, sufficit, si successivè percipiant testatoris voluntatem. 111

Adhuc tamen septem testes requiruntur. 112

Negotium, cui debent esse præsentes testes, incipit ab exhibitione scripturæ. 113

Iis omnibus & solis contractibus intervenientibus vitiatur testamentum, qui penitus extranei sunt, v. g. si quis inter testandum ad negotium inter vivos digressus, ædes suas alteri venderet aut locaret. 115. Illi tamen actus, qui ex voluntate testandi procederent, non vitiarent, v. g donatio causâ mortis, aditio hæreditatis sibi relictæ, & jam alteri ut hæredi relinquendæ, obligatio hæredis ad fideicommissum restituendum, &c. Qui non sunt actus penitus extranei aut disparati. 116

Testium habilitas.

Mulier in testamento ad causas pias, potest esse testis: item in testamento militis, & inter liberos. 124. item in Codicillis & donatione causâ mortis. 125. vide etiam *Codicillus.*

Potest mulier universim adhiberi ut testis ad probandam veritatem testamenti, ac solennitatum adhibitarum, v. g. quòd viderit testes esse rogatos, nullum alium actum intervenisse, hoc testamentum ultimo loco factum esse: imò si ambigua esset voluntas testatoris, posset mulier testari de certo illius sensu. 127

Impubes non est testis idoneus, adeo, ut nec post acquisitã pubertatem possit confirmare suum testimonium priùs adhibitum. 128 Idem de servo dicendum, cùm jure annuli careat. De utroque tamen constitutum est, ut valeat testimonium, si probabiliter judicatus fuerit pubes aut liber tempore confectionis testamenti. 129

Furiosus tempore lucidi intervalli testis esse potest. 130

Prodigi testimonium tunc subsistit, si adhibitum est antequam bonis interdictum est, aut postquam notoriè ad frugem rediit. 131

Cur mutus, surdus, cæcus arceantur, constat ex aliis requisitis circa præsentiam testium. 132

Intestabiles, hoc est, qui nec testamentum condere, nec ex testamento capere possunt, item Improbi, hoc est, infames infamiâ juris, non possunt esse testes. 133

Hæres, utpote in negotio proprio, testis esse non potest. 134

Domestici quinam excludantur à testimonio, & quo sensu hîc accipiantur, dictum est n. 21. & iterum. n. 134. Unde nec qui in potestate hæredis est, neque pater hæredis sub potestate sua constituti, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, nec qui in potestate testatoris est, testes in eodẽ testamento esse possunt. eod. Benè tamen maritus in testamento uxoris, frater emancipatus in testamento fratris, libertus in testamento patroni, socius in testamento socii, famulus conductus in testamento heri. filius emancipatus in testamento patris. 135. An pater in testamento filiifam. de bonis castr. jura variant, sed negativa præferenda, ut sup. n. 21. & nunc iterum. 136

Tutor testamentarius, pupillo hærede instituto, testis esse potest. 138

Possunt ex eadem domo in eodem testamento plures testes adhiberi, si nihil ex dictis n. 134. 135. obstet, v. g. pater & filiusfam. item duo fratres sub eadem potestate patris extranei. 138

Legatarii & fideicommissarii singulares admittuntur saltem in testamento scripto, unà cum suis domesticis. 141. idem rectiùs in nuncupativo dicitur. 142

Ad probationem legati relicti in nuncupativo testamento, legatarius, utpote in propria causa, testis esse non potest. 143

In scripto ideo aliud dicendum, quia eadem est probatio valoris testamenti (ad quód utique admittendus ut testis subscriptus) & legati. 143. In testamento nuncupativo habente clausulam codicillarem, sufficienter probatur legatum duobus testibus relictum per cæteros quinque testes. 144

Teſtamentorum infirmatio per Irritationem.

Teſtamentum ruptum.

mentum publicum revocatorium posse suppleri lapsum decennii. 171

Rumpitur denique confectione novi testamenti posterioris: neque per hujus vel interitum, vel destitutionem, vel cancellationem revivisceret testamentum prius, nisi constaret, quòd cancellatio aut incisio facta esset in eum finem, ut primum vires reciperet. 172

Si in priore testamento scriptus est hæres extraneus, sufficiunt ad posterius testamentum 5. testes, si hæredes scribantur, qui ab intestato succederent. 173

Sufficit etiam, si posterius testamentum sit conditionatum sub conditione contingente futura, etiamsi conditio deficeret. non item si sub conditione præterita. nam hac deficiente testamentum est nullum, nisi conditio adjecta esset impossibilis vel turpis, quæ habentur pro non adjectis. 174

Quando priori testamento inserta esset clausula derogatoria posterioris testamenti, tunc in posteriori necesse est fieri mentionem aliquam clausulæ illius derogatoriæ: 176. & seqq. & 193. Pari modo mentio facienda esset juramenti priori testamento adjecti. 178. Cæterùm revocatio contra juramentum facta valeret, teneretur tamen hæres satisfacere promissario de non revocando testamento. 194. Promissio de non revocando testamento, est jure improbata, & ideo non obligat, nisi juramento firmetur. 196. Posset à Principe irrita reddi revocatio testamenti. 197

Rumperetur etiam prius testamentum posteriore, in quo quis hæres scriberetur in re singulari & determinata. utpote, qui, detractâ rei singularis mentione perinde hæres esset, acsi simpliciter hæres scriptus esset. 179

Si in posteriore testamento dicatur, quòd velit etiam prius testamentum valere, rumpetur prius, ità tamen ut hæres in eo scriptus sit fideicommissarius habendus. 180

Testamentum inter liberos ut revocetur per posterius, debet hoc coram septem testibus factum esse. 181

Quando existentibus duobus testamentis non posset constare, quodnam eorum esset posterius, utrumque suspectum esset, & neutrum pro valido haberetur, sed hæres ab intestato succederet. Si tamen constaret, utrumque factum esse à testatore sanæ mentis, esset hæreditas boni viri arbitrio dividenda. 198. Si eadem legata essent relicta, essent solvenda. item si unum esset factum ad causam piam, illud præferretur. 199

Si defunctus à mortuis resuscitaretur, probabile est, hæredes non teneri ad bona ei restituenda, quia intentio illius defuncti non potuit esse conditionata pro casu resuscitationis: unde nec thesauri absconditi, & ab aliis interim reperti dominium recuperaret. Quia tamen casus est à jure provisus, si contingeret, ad supremam potestatem spectaret, novâ provisione statuere, quid illi esset restituendum. 203

Testamentum sub hac conditione factum, ut non valeat, si convalescat, testatore convalescente, non valeret, nisi longo tempore illud conservaret, & monitus de faciendo testamento diceret, se jam fecisse; adeoque declararet, se adjectam conditionem pro non adjecta habere. Rectius faceret, eam cancellando. 204

Testamenti factio quibus competat.

Omnibus, qui nec à natura, nec à lege arcentur. 205

Prohibiti autem reducuntur ad tres classes. Prima est eorum, qui ob defectum integri status inhabiles sunt. secunda, eorum qui propter animi defectum. tertia eorum, qui ob corporis vitium. Addi posset quarta classis eorum, qui in certa materia prohibentur, ut Clerici in redditibus superfluis. 206

Quinam autem in his classibus sint, videndum sub propriis vocabulis. ut: *Servus Religiosus, Captivus, Deportatus, Damnatus, Filiusfam.* excommunicatus. *Hæreticus. Impubes. Furiosus. Surdus. Mutus. Cæcus. Clericus.*

Ex testamento capere qui non possint.

Regula est, eos non posse, neque ut hæredes, neque ut legatarios, qui ob delictum testari prohibentur. ut Deportati. 263. Hæretici. eod. Percussores & persecutores Cardinalium. 264. Occisor testatoris. eod. qui si sit legatarius, absque omni sententia res legata cedit hæredi, quia præsumitur legatum revocatum, neque enim revocatio legata requirit solennitates. 265

Spurii sicut non succedunt ab intestato, ità à parentibus hæredes institui non possunt. 266. Et quia non potest relinqui fideicommissum illis, qui directè institui non possunt, ideo nec possunt substitui indirectè aut vulgariter. eod. Vide. *Spurius. Incestuosus. Naturalis.*

Reli-

Religiosi quinam possint hæredes institui, aut ex testamento accipere. vide. *Religiosus.*

Mulier suspecta hæres institui non potest. 288

Testamentum Parentum.

In eo, ut valeat, liberi proximi gradûs utriusque sexûs vel instituendi, vel exhæredandi. V I. 381. 383. Et hoc probabiliùs etiam in testamento mátris requiritur. 384 & seqq.

Probabile etiam est, non sufficere ad valorem, exhæredationis causam esse testamento insertam, sed etiam debere esse probatam; adeoque in testamento parentum Querelam inofficiosi hodie esse sublatam. 385. de quo plura v. *Querela inofficiosi.*

Valet tamen tale testamentum in quo filius præteritus est, quoad legata, fideicommissa particularia, & donationes mortis causâ. 387

Si quidem pater scivit se habere liberos: secùs si ignotâsset, & legata essent profana. tunc enim ex præsumpta voluntate conditionata non deberentur, ne quidem, si clausula codicillaris adjecta esset. 391

Testamentum paternum, quo emancipatus est præteritus seu non legitimè exhæredatus, est ipso jure nullum, adeoque tali competit *Jus dicendi testamentum nullum* durans 30. annis, nec habet opus remedio prætorio possessionis bonorum contra tabulas, quod solùm uno anno durat. 393 & seqq.

Idem jus dicendi testamentum nullum, competit adoptato ab ascendente præterito. 398

Parentes tam paterni, quàm materni, ut testamenta ab initio subsistant, tenentur liberos suos tam masculos, quàm fœminas, tam filios, quàm nepotes (mortuis eorum parentibus) tam suos, quàm emancipatos, legitimè natos, & legitimatos, adoptatos ab ascendentibus, mater etiam illegitimos instituere, vel nominatim exhæredare, causamque probare. Legitimati post factum testamentum ad minimùm rumpunt testamentum, sicut posthumi: probabiliter est ab initio nullum. Atrogati præteriti quartam consequuntur. 398. & seqq.

Adoptio non videtur impedire, quominus adoptatus à patre naturali hæres instituendus, vel exhæredandus sit, & sic possit utriusque hæreditatem adipisci. 401

Quantumcunque legatum filio relinqueretur, si non esset institutus, posset testamentum dicere nullum. 402

Neque etiam sufficeret fuisse hæredi substitutum, adhuc enim, salvis legatis testamentum esset nullum, & filius succederet ab intestato. 405

Item non sufficeret, fuisse alios liberos, & nullum extraneum institutum: nam ut nullus præteriatur, est de substantia testamenti inter liberos. 404

Etiamsi in tali testamento apposita esset clausula Codicillaris ex voluntate testatoris, filius non gravaretur fideicommisso, ob improbum patris affectum, quo operatus esse convinceretur, sive scivisset, sive nescivisset, testamentum esse nullum. 406. Aliud tamen probabiliter diceretur, si causa pia esset instituta. 411

Si filius præteritus abstineat ab hæreditate, sustinetur testamentum, & hæres scriptus succedit; adeoq; filio præterito fuit acquisita hæreditas sub conditione resolutiva, quatenus postea fingitur, ab initio statim valuisse, & ideo fructus omnes, qui interim hæreditati accesserunt, ad hæredem scriptum pertinebunt. 413

Neque tamen (nisi juramentum accederet) posset filius antecedenter renuntiando hæreditati, firmare tale testamentum. 414

Iure Bavarico, non obstante renuntiatione, sunt liberi instituendi in eo quod acceperunt, alioquin testamentum non valet. 415

Filio legitimè exhæredato nepos non potest impugnare testamentum: eùm vivo patre nihil illi debeatur, nec in locum patris intret. 416

Testamentum Militis non gaudet privilegio præterendi filium in testamento. 419

Si filio minus legitimâ titulo institutionis est relictum, testamentum valet, sed datur filio actio ad supplementum legitimæ. 420

Testamentum Inofficiosum.

Quomodo definiatur in ordine ad Iuris Remedium, h. e. querelam inofficiosi, vide *Querela inofficiosi.*

Testamenti Executio: Executores.

Testamentorum Executores alii sunt Testamentarii, alii Legitimi, alii Dativi. Alii Vniversales, alii Particulares. Vniversales sunt, quando nullus hæres in particulari persona institutus est, sed anima defuncti, ad quam voluntatem exequendam aliquis nominatur. nullo nominato tradnntur bona Episcopo distribuenda. V I. 674

Executores esse possunt Clerici: item Religiosi cum consensu Superioris. Et tenentur rationem reddere Episcopo, quantumvis ge-

netaliter exempti, non item specialiter exempti.

Religiosi Societatis J e s u jubentur abstinere, nisi à Generali dispensetur in casu majoris momenti. 675

Religiosi FF. Minores S. Francisci, solùm possunt præbere consilium. eod.

Fæmina potest esse Executrix testamenti. 676

Executor debet decimum septimum annum excessisse. eod.

Ad executionem nemo cogi potest: acceptata tamen recusari ampliùs non potest. 678

Recusans executionem, amittit quod illi in præmium relictum est, & illud aliis executoribus accrescit. 679

Vno vel pluribus recusantibus, possunt cæteri exequi, nisi testator contradixerit. eod.

Executor universalis, non item particularis, alio hærede scripto potest distrahere bona ad implendam defuncti voluntatem. 680

Munus executionis non transmittitur, quando est electa industria personæ. 681

Nec Episcopus cum consensu Executorum, nec econtra, possunt mutare dispositionem defuncti, quando ea potest impleri: à Sede Apostolica hoc fit, sed non nisi ex justa & necessaria causa. quod ipsum Supremis Principibus sæcularibus concessum est. 681

Quando autem commodè impleri non potest, commutari potest, & hoc modo etiam legatum tam profanum, quàm pium sustineri. 682

Ad Episcopos domicilii defuncti spectat urgere executionem testamentorum quoad causas pias. 683

Hoc ipsum etiam ad causas profanas extendunt DD. eod.

Negligentes Executores potest quivis de populo deferre. eod.

Executio facienda est quoad causam piam intra sex menses ab insinuatione testamenti numerandos, alioquin fructus & usuras solvere debent. Quoad profana conceditur annus, si testator nullum tempus designavit. 684

Rationes exigendæ sunt, etiam si testator prohibuisset. 685

Exhibitio testamenti obtinetur *Interdicto Prætoris de Tabulis exhibendis*. 686

Testator. Testatus.

Quomodo possit diversis modis instituere hæredes, vide *Hæres: Hæreditas.*

Regula Juris 7. dum ait, naturaliter inter se pugnare: *Testatus & Intestatus*: non habet hunc sensum, quasi naturæ repugnet, aliquem partim testatum, partim intestatum decedere, multò minùs, quòd hoc fit impossibile ex natura rei, (cùm Militibus permittatur, imò in Belgio etiam Paganis) sed recipit hunc sensum. Ex eo quòd naturaliter repugnet, esse respectu e rundem bonorum testatum & intestatum, Ius ansam accepit prohibendi, ne quis paganus etiam pro diversitate bonorum testatus & intestatus decedat: nam Iuris fictione hæreditas tota est una indivisibilis, sicut testator est unus indivisibilis, qui ab hæreditate repræsentatur, & per consequens hæres quoque debet ex uno indivisibili titulo eum repræsentare. 312

Præterea, Regula, quòd nemo possit partim testatus, partim intestatus decedere, est intelligenda, si est in potestate testatoris, testari de omnibus suis bonis, & in hærede est potestas omnia consequendi. Alioquin regula habet exceptiones. 315

An testator possit hæredis institutionem alieno arbitrio committere, vide *Institutio*.

Testis.

Testes in testamento quinam esse possint. De eorundem numero, &c. Vide *Testamentum. eorum numerus, habilitas.*

Transmissio Hæreditatis.

Hæreditas ab extraneo non adita, nec bonorum possessio agnita, regulariter & per se loquendo non transmittitur ad hæredes. VI. 591 Casus excepti postea referentur. Ratio fundamentalis hæc est. Jus adeundi hæreditatem aliud non est, quàm jus disponendi de hæreditate conditionatum, & dependens à voluntate hæredis, quâ acceptet oblatam sibi hæreditatem: quando ergo conditio non impletur, nec re ipsâ, nec juris fictione, tunc jus exspirat. 596

Descendens in potestate constitutus, in proximo gradu hæres, sive ex testamento sive ab intestato, decedens necdum aditâ hæreditate, transmittit hæreditatem ad hæredes quoscunque jure *Suitatis*. quia fit ipso jure statim dominus hæreditatis absque aditione. 597

Idem dicendum de emancipatis illis, qui ex privilegio retinent Jus Suitatis. v.g. filius professus in Religione capaci successionis transmittit hæreditatem patris ad monasterium. 598

Quamdiu filius non declarat, se velle abstinere ab hæreditate, tamdiu ipsâ est hæres, nec hæreditas dicitur jacens. eod.

Emancipati cæteri non gaudent hoc jure transmissionis, hoc ipso quia non gaudent jure Suita-

Trebellianica.

deductis legatis supereffet, v. g. casu quo quis habens in bonis 400. legâsset 300. & juberet restitui quadringenta, hæres haberet salva 100. reliqua 300. dividerentur in septem partes, quarum tres legatarii, quatuor fideicommissarius habebet. 409

In tali casu, si legata soluta fuissent ante restitutionem, restituendum esse à legatariis, quantum necessarium esset ad complendam quartam, & de hac restitutione facienda tenentur cautionem præstare. 413

Si pars hæreditatis legata esset, quandoquidem tale legatum habet potiùs rationem fideicommissi, videtur locus esse potiùs Trebellianicæ, quàm Falcidiæ, quia & onera transeunt in Legatarium. 417. & seqq.

V.

Voluntas Appretiativa.

QUando excessus voluntatis eligentis unum præ alio est sufficienter manifestatus, ut revocetur, debet sequens voluntas fieri sensibilis non solùm secundùm aliquod prædicatum, sed specialiter, ut revocatoria prioris. 178

Voluntas ultima.

In genere est: Gratuita dispositio de bonis in tempus mortis, seu post mortem disponentis. Comprehendit Testamentum, Codicillum, Substitutiones, Legatum, Donationem mortis causâ. Differt ab aliis pactis, quòd fiat primùm per mortem irrevocabilis. VI. 5

Voluntates ultimæ sunt instar desiderii potiùs, quàm Imperii ex sua natura efficacis. Fiunt autem efficaces per legis ratificationem 15

Vltima voluntas innominata, secundùm graves DD. plùs non requirit ad valorem, quàm indicia, ex quibus Iudex cognoscere possit Voluntatem defuncti. Et ideo putant ex hac ultima voluntate agi posse, quando non adsunt Solennitates testamenti. Sed non satis fundata videtur hæc sententia. 43

Pro Vltimarum Voluntatum commutatione præ oculis habendum Decretum Conc. Trid. *sess.* 22. *c.* 6. nempe non esse sine necessaria causa commutandas: deinde Episcopis summariè & extrajudicialiter cognoscendum, an preces sint subreptitiæ, aut obreptitiæ. VII. 347

Usurarius.

Vsurarius notorius, nisi cautionem satisfactionis præstiterit, testari non potest. VI. 226

FINIS.